

Tres miradas latinoamericanas a la justicia penal internacional

Colombia, Honduras y México

JOAQUÍN A. MEJÍA R.
GERARDO BALLESTEROS
Coordinadores

Editorial
San ignacio
Los estudios e investigaciones sociales con corazón

 **diakonia**
GENTE QUE CAMBIA EL MUNDO


editorial
guaymuras

Gerardo Ballesteros de León
Luis Guillermo Pérez Casas
Joaquín A. Mejía R.
Verenice Bengtsson
Netzaí Sandoval Ballesteros
Gina Donoso

**Tres miradas latinoamericanas
a la justicia penal internacional
Colombia, Honduras y México**

**Tres miradas latinoamericanas
a la justicia penal internacional
Colombia, Honduras y México**

JOAQUÍN A. MEJÍA R.
GERARDO BALLESTEROS
Coordinadores

Gerardo Ballesteros de León
Luis Guillermo Pérez Casas
Joaquín A. Mejía R.
Verenice Bengtsson
Netzaí Sandoval Ballesteros
Gina Donoso



diakonia

GENTE QUE CAMBIA EL MUNDO

Editorial
San ignacio
Tus desafíos e impresiones hechos una realidad

323 *Tres miradas latinoamericanas a la justicia penal*
L87 *internacional. Colombia, Honduras y México /*
C.H. Coordinadores Joaquín A. Mejía R. y
 Gerardo Ballesteros de León [et al].-[Tegucigalpa]:
 Editorial Casa San Ignacio /
 [Editorial Guaymuras], [2014].
 179 pp.

ISBN: 978-99926-739-7-3

- 1.- DERECHO INTERNACIONAL.
- 2.- DERECHO PENAL.
- 3.- COLOMBIA - DERECHO INTERNACIONAL.
- 4.- HONDURAS - DERECHO INTERNACIONAL
- 5.- MÉXICO - DERECHO INTERNACIONAL.

© Editorial Casa San Ignacio
El Progreso, Yoro.
Teléfono: (504) 2647-4227
Fax: (504) 2647-0907

ISBN: 978-99926-739-7-3

Primera edición: abril de 2014

Diseño e impresión:
Editorial Guaymuras

Diseño de portada:
Marianela González

Impreso y hecho en Honduras.
Reservados todos los derechos.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	11
I. Derecho a la Verdad en contextos de violaciones graves a los derechos humanos	17
GERARDO BALLESTEROS DE LEÓN	
II. La acción de la Corte Penal Internacional frente al conflicto armado interno en Colombia: dificultades y retos para alcanzar la paz	49
LUIS GUILLERMO PÉREZ CASAS	
III. La justicia penal internacional desde la perspectiva de la situación en Honduras	79
JOAQUÍN A. MEJÍA R.Y VERENICE BENGTTSSON	
IV. La Corte Penal Internacional y la situación en México. Hacia la reformulación del concepto de «conflicto armado de índole no internacional»	103
NETZAÍ SANDOVAL BALLESTEROS	
V. La reparación como proceso. La contribución de los espacios psicosociales para una justicia reparatoria. La experiencia de la Corte Penal Internacional	149
GINA DONOSO	
RESEÑAS CURRICULARES	177

En cuanto a los crímenes contra la humanidad, inclusive el genocidio, ya no es necesaria una relación con un conflicto armado para que puedan ser criminalizadas determinadas violaciones graves a los derechos humanos en tiempos de paz, bastando solamente que éstas se encuentren en un contexto de comisión —también no estatal— determinado, generalizado y sistemático.

KAI AMBOS*

* En, *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Fundación Konrad-Adenauer, Uruguay, 2005.

PRESENTACIÓN

En su libro *Impunidad. La quiebra de la ley*, Julio Scherer Ibarra nos habla de un tipo de ciudadanos y ciudadanas —los impunes— para quienes la ley no existe y ejercen el poder sin contrapeso y sin ambigüedades, mostrando al resto de la sociedad la arbitrariedad en toda su crudeza, cuando se trata de imponer sus normas y su visión del mundo¹. El pasado y el presente de América Latina nos brindan ejemplos trágicos de la existencia de esta «subespecie ciudadana», que se considera intocable y fiel practicante de la expresión «El Estado soy yo», atribuida al rey francés Luis XIV, en el sentido de considerar legítima la concentración del poder absoluto y pretender que no hay nada, ni el Estado ni la sociedad, por encima de ella.

Los impunes latinoamericanos son expertos en clavar heridas mortales al Estado de derecho y a la democracia a través de la corrupción, de la violencia, de las torturas, de las desapariciones forzadas, de los asesinatos, de las masacres, de las agresiones sexuales, de las detenciones ilegales y otras graves violaciones a derechos humanos características de las políticas contrainsurgentes, de los golpes de Estado y de los enfoques restrictivos de la seguridad ciudadana que privilegian la intervención militar y se acercan peligrosamente a la doctrina de seguridad nacional.

Frente a las acciones de los impunes, la mayoría de los sistemas de justicia latinoamericanos renunciaron conscientemente a su facultad de controlar su legalidad y legitimidad, y declinaron de su autoridad democrática para investigar y sancionar efectivamente su autoría intelectual y material, garantizando así la arbitrariedad

1. SCHERER IBARRA, Julio, *Impunidad. La quiebra de la ley*, Grijalbo, México, 2009, pp. 9-10.

y contribuyendo al debilitamiento de los sistemas democráticos. Por eso, para los impunes latinoamericanos ha sido importante el secuestro de la justicia y la articulación de todo un sistema legal que garantice su impunidad mediante amnistías, prescripción de delitos, exclusión de responsabilidad, irretroactividad de la ley penal, principio de cosa juzgada y principio de *non bis ídem*, así como la realización de procedimientos destinados exclusivamente a sustraerlos de su responsabilidad penal.

Debido a ello, hace un par de décadas era casi imposible imaginar que los impunes de la región pudieran ser llevados ante la justicia; precisamente para evitar la inactividad o parálisis de los órganos estatales encargados de investigar y sancionar sus crímenes, se inició un proceso de desnacionalización de la aplicación de la justicia penal que permite la persecución internacional de ciertos delitos considerados graves por la comunidad internacional. Este proceso ha implicado la creación de tribunales penales internacionales², el reconocimiento de figuras penales nacionales como el principio de jurisdicción universal³ y la derogación de disposiciones legales que impiden la investigación y sanción de los responsables de crímenes internacionales, y que contraviene derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁴.

En este sentido, en los últimos años hemos sido testigos de la apertura de procesos penales contra expresidentes como Fujimori en el Perú, dictadores como Jorge Rafael Videla en Argentina o

2. Sobre los antecedentes de la justicia penal internacional, véase: CORCUERA, Santiago y GUEVARA, José Antonio (comps.), *Justicia penal internacional*, Universidad Iberoamericana, México, 2001.

3. GRIJALVA ETERNOD, José R., «Las violaciones a los derechos humanos y el principio de jurisdicción universal», en MEJÍA R., Joaquín A. y FERNÁNDEZ, Víctor (coords.), *El golpe de Estado en Honduras desde una perspectiva de los derechos humanos*, Editorial Casa San Ignacio/MADJ, Tegucigalpa, 2010, p. 402.

4. Corte IDH. *Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú)*. Sentencia de 14 de marzo de 2001, párr. 41; *Íd. Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párrs. 157, 225 y 226.

Efraín Ríos Montt en Guatemala; militares de tropas élites como los *kaibiles* guatemaltecos, o la derogación de leyes de amnistía en la mayoría de los países latinoamericanos que ha permitido el inicio de investigaciones y procesos judiciales contra los responsables materiales e intelectuales de violaciones a derechos humanos consideradas crímenes de lesa humanidad⁵.

Asimismo, el 17 de julio de 1998 se adoptó el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional (en adelante la CPI) con facultades judiciales para determinar la responsabilidad penal individual de los responsables de la comisión de graves crímenes de trascendencia internacional, como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. La persecución penal contra individuos concretos es el resultado directo del reconocimiento a las personas de subjetividad internacional en el sentido de situarlas en la posición de poder denunciar ante un órgano supranacional a los Estados que violen sus derechos humanos y de responder ante un tribunal internacional por transgredir las normas internacionales.

En nuestro continente, 28 Estados han ratificado el Estatuto de Roma, entre ellos, Antigua y Barbuda, Barbados, Belice, Dominica, República Dominicana, Granada, Guyana, San Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Surinam, Trinidad y Tobago, Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Canadá, Panamá, Perú, Paraguay, Uruguay, Venezuela, Colombia, México y Honduras. Este importante número de Estados americanos Partes evidencia el fuerte apoyo que la CPI tiene en nuestra región,

5. CIDH. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1985-1986*, cap. V, OEA/Ser. L/N/II.68, Doc. 8 rev. 1. 26 de septiembre de 1986; *Íd. Informe 26/92. Caso 10.287. Masacre Las Hojas*. El Salvador. 24 de septiembre de 1992; *Íd. Informe 28/92. Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311. Argentina*. 2 de octubre de 1992; *Íd. Informe 29/92. Casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373 y 10.375*, Uruguay, 2 de octubre de 1992; Corte IDH. *Caso Barrios Altos... op. cit.*, párrs. 43 y 44; *Íd. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 175.

lo cual es complementado con las diversas resoluciones anuales que ha emitido la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos sobre la promoción de este tribunal internacional⁶.

Pero, además, dicho apoyo se refleja en el acuerdo de cooperación firmado el 26 de abril de 2012 entre la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Oficina del Fiscal de la CPI (en adelante la OTP, por sus siglas en inglés), con el objetivo de establecer el marco institucional para colaborar en el cumplimiento de sus mandatos institucionales mediante la provisión de información sobre decisiones, resoluciones, sentencias, informes y documentos, que pueda resultar útil para el procesamiento de casos⁷.

Teniendo en cuenta también que el sistema de fuentes establecido en el artículo 21 del Estatuto de Roma atribuye una singular relevancia a la jurisprudencia de los tribunales regionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las sentencias de esta y las resoluciones de la Comisión Interamericana en las que desarrollan aspectos relativos a crímenes internacionales, pueden tener un impacto significativo en la propia jurisprudencia de la CPI⁸.

Este tipo de relaciones institucionales es fundamental para una región como la nuestra, en la que dos países —Colombia y Hondu-

6. Véase, entre otras, la Resolución AG/RES. 2072 (XXXV-O/05), Promoción de la Corte Penal Internacional; la Resolución AG/RES. 2218 (XXXVI-O/06), «Observaciones y recomendaciones al Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano»; y la Resolución AG/RES. 2176 (XXXVI-O/06), Promoción de la Corte Penal Internacional.

7. Memorandum of Understanding on Cooperation between the General Secretariat of the Organization of American States through the Executive Secretariat of the Inter-American Commission on Human Rights and the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court. Signed on 25th day of April 2012.

8. OLÁSOLO ALONSO, Héctor y GALAIN PALERMO, Pablo, «La influencia en la Corte Penal Internacional de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso, participación y reparación de víctimas», en Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Uruguay, 2010, pp. 380-381.

ras— están siendo examinados de manera preliminar por la OTP y uno —México—, es objeto de envío de comunicaciones a la OTP para que abra un examen preliminar. Desde el año 2006, la OTP está examinando la situación en Colombia respecto a los presuntos crímenes perpetrados por distintos actores estatales y no estatales en el marco del conflicto armado interno. En el caso de Honduras, el 18 de noviembre de 2010 la OTP anunció la apertura de un examen preliminar para determinar si las presuntas violaciones a los derechos humanos que se produjeron tras el golpe de Estado del 28 de junio de 2009 constituyen crímenes que pudieran ser de la competencia de la CPI. Y en relación con México, en 2011 se presentó una comunicación colectiva firmada por más de 23 mil personas en la que se denuncia la comisión de crímenes de lesa humanidad en el marco de la llamada guerra contra el crimen organizado, impulsada por el gobierno de Felipe Calderón.

Años después de abiertos los exámenes preliminares y analizadas las comunicaciones, es pertinente reflexionar sobre el estado actual de los procesos ante la OTP y sobre las oportunidades y desafíos que conlleva que la OTP tome decisiones oportunas en los tres casos latinoamericanos, cuyas realidades tan parecidas en materia de derechos humanos requieren de medidas que generen un efecto de prevención general positiva y negativa, en el sentido de garantizar la aplicación efectiva de la normativa penal internacional y de enviar un mensaje contundente contra los impunes en países con altos niveles de arbitrariedad.

Por tal razón, en el ERIC-SJ y Radio Progreso consideramos importante aportar a dicha reflexión a través del presente trabajo que, a lo largo de seis capítulos, desarrolla algunos aspectos de la justicia penal internacional desde tres miradas latinoamericanas, como el derecho a la verdad, la reformulación del concepto de conflicto armado internacional, los elementos que constituyen los crímenes de lesa humanidad, y la justicia reparativa desde la experiencia de la CPI. Evidentemente, el orden de los capítulos no está basado en criterios de importancia temática, sino más bien en una secuencia lógica que comienza con el conocimiento de la verdad a

partir de tres experiencias latinoamericanas, desde el sur hasta el norte (Colombia, Honduras y México), concluyendo con el fin último de la justicia: la reparación a las víctimas.

Manifestamos nuestro profundo agradecimiento a Luis Guillermo Pérez (Colombia), a Verence Bengtsson (Honduras-Suecia), a Netzaí Sandoval (México) y a Gina Donoso (Ecuador) por la generosidad de poner sus conocimientos y experiencias en este esfuerzo académico que, esperamos, aporte al debate acerca del acceso a la justicia en casos graves de violaciones a derechos humanos en general y de crímenes internacionales en particular.

Agradecemos también el importante apoyo de DIAKONIA para la publicación de este trabajo, el cual va mucho más allá del financiamiento, gracias al compromiso con los derechos humanos de su directora de país, Reina Rivera Joya. Las ideas que aquí se presentan son responsabilidad exclusiva de los autores y autoras, del ERIC-Radio Progreso y no reflejan necesariamente la opinión de DIAKIONIA.

Honduras y México, febrero de 2014.

JOAQUÍN A. MEJÍA R.

(Honduras-España)

GERARDO BALLESTEROS DE LEÓN

(México)

I

DERECHO A LA VERDAD EN CONTEXTOS DE VIOLACIONES GRAVES A LOS DERECHOS HUMANOS

Gerardo Ballesteros de León

1. TELÓN DE FONDO

¿Tenemos derecho a saber sobre aquellos crímenes extraordinarios o sobre aquella maldad extraordinaria que ensombrece la memoria de nuestra sociedad? En México y en otras naciones tuvimos un atisbo histórico de efervescencia con la democracia electoral. Dimos un paso del autoritarismo a la democracia y sentimos que superamos aquellos episodios de injusticia y terror. Ahora, entrado el siglo XXI, algunas de las sociedades «democratizadas» atravesamos momentos de zozobra: la violencia y los crímenes de Estado persisten o se manifiestan de maneras distintas; asistimos cotidianamente a momentos de tragedia social, conflagración de violencias, impunidad, corrupción y ante eventos que Miriam Auckerman atina al describir como «crímenes extraordinarios» y su envolvente social de una «maldad extraordinaria»⁹. La pregunta inicial, entonces, hace una nueva inflexión en el seno de nuestras «nuevas democracias»: ¿Tenemos derecho a saber sobre aquellos crímenes y maldad extraordinaria que ensombrecen el pasado y el presente de nuestras sociedades?

Suponemos que el marco de propuestas de solución se encuentra anclado en un momento histórico que ya tuvo su fecha de

9. AUCKERMAN, Miriam, «Extraordinary Evil, Extraordinary Crime. A Framework for understanding Transitional Justice», en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 15, 2002.

caducidad, pero que supone un afluente ideológico dominante aún y una corriente académica dominante. La *Revolución Liberal*¹⁰, la *3ra Ola Democrática*¹¹ o las *Transiciones desde un Régimen Autoritario*¹², que tuvieron su cénit en los años 90 del siglo pasado, ahora no tienen vigencia filosófica, ni política ni jurídica ni cultural. La verdad histórica de nuestros días es que no hemos creado los Estados liberales que se calcularon entonces y, en cambio, asistimos a una inestabilidad superlativa, que detalla el papel de Estados *fallidos*¹³, *Estados inestables*¹⁴ o *Estados de emergencia*, incapaces de garantizar derechos a las sociedades que representan y que forman parte del problema de la violencia desproporcionada y la violación de los derechos humanos¹⁵.

Se señala aquí la tesis de Ruti Teitel, cuando afirma que estamos en una nueva fase transicional que se explica en un con-

10. ACKERMAN, Bruce, *The Future of Liberal Revolution*, Yale University Press, Yale, 1991.

11. HUNGTINTON, Samuel, *The Third Wave: Democratization in the late Twentieth Century*, University of Oklahoma Press, Oklahoma, 1993.

12. O'DONNELL, Guillermo, SCHMITTER, Philippe y WHITEHEAD, Laurence (eds.), *Transitions from Authoritarian Rule: Comparative perspectives*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1993.

13. Fund for Peace, *Índice de Estados fallidos 2013*, The Fund for Peace, Washington, D.C., 2013. Accesible en <http://ffp.statesindex.org/>

14. United State Agency for International Development, *Fragile States Strategy*, USAID, Washington, D.C., 2005; European Commission, «Adopting the Thematic Strategy Paper 2012-2013 for assistance in the context of stable conditions for cooperation under the Instrument for Stability», Commission implementing decision of 19-3-2012. C(2012) 1649 final, Bruselas, 19-3-2012; STEPPUTAT, F. y ENGBERG-PEDERSON, L., «Fragile States: Definitions, Measurements and Processes», en ENGBERG-PEDERSON, L., ANDERSON, L., STEPPUTAT, F. y JUNG, D. (eds.), *Fragile Situations: Background Papers*, DIIS, Copenhagen, 2008.

15. Existe un amplio debate sobre las terminologías. Los Estados de Emergencia son definidos desde el debate del Constitucionalismo; destaca en este rubro el trabajo de Bruce Ackerman, «The Emergency Constitution». Desde el debate de las Relaciones Internacionales, y desde una visión ciertamente ideologizada, aparece el término «Estado Fallido», especialmente el Fund for Peace, vinculado a la publicación Foreign Affairs. El término de «Estado Inestable» se ha desarrollado especialmente en el Derecho Humanitario Internacional, y en algunas perspectivas de la Cooperación Internacional, como en el caso de Europa. ACKERMAN, Bruce, «The Emergency Constitution», en *The Yale Law Journal*, vol. 113, 2004.

texto de Estados que viven *conflictos-estables* o condiciones que no permiten la formulación de un Estado de Derecho¹⁶. En el mismo marco, se identifica la coexistencia de diversas corrientes transicionales que suponen doctrinas muy distintas sobre el tipo de mundo que queremos, y sobre el tipo de Estados que se pretende «trabajar» en la Comunidad Internacional.

Es importante atender las últimas expresiones del Derecho a la Verdad, conforme a la tradición iniciada en Argentina en 1983, y que suma más de 40 Comisiones de la Verdad¹⁷. Del mismo modo, comprender las vías por las que se puede abordar un conflicto violento, o una transición inacabada, mediante iniciativas de enjuiciamiento desde la jurisdicción nacional, pero con alcances en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁸.

16. TEITEL, Ruti G., *Transitional Justice*, Oxford University Press, Nueva York, 2000.

17. GONZÁLEZ, Eduardo, *Truth and memory. Drafting a Truth. Commission mandate. A practical tool*, International Center for Transitional Justice, Nueva York, junio 2013.

18. Con el fin de cerrar la brecha de impunidad, las iniciativas de enjuiciamiento habrán de entablar relaciones constructivas con otros mecanismos de la justicia de transición. Se acepta en general que las violaciones masivas de los derechos humanos exigen una respuesta compleja e integrada que abarca diversos mecanismos complementarios, entre ellos enjuiciamientos, mecanismos de búsqueda de la verdad, reformas institucionales, reparaciones y programas de reinserción de excombatientes. En el diseño de cada uno de esos mecanismos debe procurarse garantizar que complemente a los otros y no los perjudique. Cfr. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Iniciativas de Enjuiciamiento. Instrumentos del Estado de Derecho en Naciones que han salido de un Conflicto*, Naciones Unidas, Ginebra y Nueva York, 2006. Accesible en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Rule-of-lawProsecutionssp.pdf>

SENTIDO DE LA TRANSICIÓN Y SUS MECANISMOS

¿Hacia qué clase de régimen se transita?

Estado Liberal

Estado Constitucional de Derecho

Democracia Electoral

¿Quiénes son los actores de la transición?

Actores sociales en una revolución

Grupos y élites sociales, económicas, políticas

Soberanías externas, mediante intervención armada

Procesos multilaterales de paz

¿Qué régimen o situación desaparece?

Guerra civil

Régimen autoritario o dictadura

Estado vencido en guerra o intervención

¿Qué mecanismos son empleados?

Procesos de paz

Planes de reconstrucción

Nuevo pacto político o Constitución

Alternancia electoral

TIPOLOGÍA SIMPLE DE MECANISMOS TRANSICIONALES

Mecanismos específicos de rendición de cuentas

Procesos de reconciliación

Comisiones de la Verdad

Justicia restaurativa y punitiva (nacional o internacional)

Mecanismos de desarme, desmovilización e integración

Hojas de ruta

**Hojas de ruta –
Derecho a la Verdad**

Plan Althissari (Kosovo)
Informe Goldstone (Israel-Palestina)

Comisión de la Verdad
Perú. Sudáfrica. Chile. Alemania

Justicia restaurativa nacional
Alemania. Sudáfrica

Justicia penal internacional
Ruanda. Ex Yugoslavia. Nuremberg

**Hojas de ruta –
Sistema de Objetivos
para la Paz**

Afganistán
Irak
Colombia
Liberia

Pacto de Unificación
Alemania Federal (Occidental)
Alemania Democrática (Este)

**Derecho a la Verdad
en mecanismos de justicia**
Inglaterra. Honduras.
México. España

Fuente: Elaboración propia, Ballesteros, 2013.

2. TRANSICIONES Y DERECHOS EN LOS SIGLOS XX Y XXI

Tomando como punto de partida la enorme producción teórica y conceptual relacionada con la Justicia Transicional, especialmente durante el último tercio del siglo XX, podemos decir que esta es una respuesta a situaciones histórico-sociales específicas que se caracterizan por una violación extensa y sistemática de derechos humanos. Para concebir una transición se necesita reconocer un cambio de régimen político-jurídico. Este cambio requiere una completa transformación de la estructura del poder, de su representación y de su regulación¹⁹.

Una mera traslación de las élites políticas y económicas, o un ejercicio de alternancia partidista en el poder, difícilmente pueden consistir en un mecanismo transicional. Para llegar a una transfor-

19. HUNGTINTON, Samuel, *El orden político en las sociedades en cambio* (1968), trad. O. Olzak, Paidós, Barcelona, 1992.

mación total de la estructura de un Estado y transitar hacia otro régimen político, se impone el cambio a partir de una crisis. Y para comprender mejor el sentido se acude a la concepción de «crisis» en Habermas, específicamente en el libro *Crisis de Legitimidad en el Capitalismo Tardío*. Esto es, que cuando un sistema, que en este caso trata de un régimen político, se ha descompuesto a tal grado que no puede recomponerse o estructurarse a partir de sus propios elementos internos, dado que los poderes y fuerzas características del sistema han colapsado y no tienen capacidades para re-hacerse, se necesita de elementos nuevos y externos para dar forma a una nueva estructura²⁰. Así, la transición se comprende como la utilización de mecanismos extraordinarios para constituir un régimen político-jurídico que no puede guardar otra identidad con el sistema anterior sino la memoria de su involución y cierre.

Ruti Teitel ha impuesto un marco de referencia inevitable para comprender las transiciones de régimen en la actualidad. Menciona tres fases indicativas para reconocer los paradigmas dominantes en las transiciones de régimen durante el siglo XX y los primeros años del siglo XXI.

La *primera fase* de justicia transicional se reconoce desde el Modelo Nuremberg. Emerge con el fin de la Segunda Guerra Mundial y con la aparición de la Organización de las Naciones Unidas y el Consejo de Seguridad. Se forja con los juicios y los tribunales constituidos para perseguir criminales de guerra. Aparecen las doctrinas fuertes de los Derechos Fundamentales, donde se reconocen los límites al poder público con los derechos humanos. Así, los poderes, aunque sean auspiciados por mayorías (como sucedió en el caso de Hitler), se enfrentan a cláusulas intangibles, no sujetas a discusión²¹. Dichas cláusulas figuran en los derechos humanos y en las normas e instrumentos del Derecho Internacional. Apoyando esta idea con los estudios de Mary Kaldor, se puede decir que a pesar de la creación de organizaciones internacionales, del Derecho

20. HABERMAS, Jürgen, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío* (1975), Amorrortu Ediciones, Buenos Aires, 1998.

21. TEITEL, Ruti G., *Transitional Justice... op. cit.*

Internacional y de tribunales, en la primera fase primó el paradigma de la no intervención y la restricción de los Estados a emplear la fuerza²². Siendo los juicios de Nuremberg el emblema de la justicia transicional, el modelo de juicio es de ganadores a perdedores dentro de una guerra, y la resolución es un castigo ejemplar contra los genocidios o crímenes de lesa humanidad.

La *segunda fase* de la justicia transicional se encuentra asociada a la ola de democratizaciones y del fin de «regímenes autoritarios» en Europa del Este, en América y África. El colapso de la Unión Soviética, el fin del Apartheid y los últimos rasgos de colonización europea, la retirada de fuerzas guerrilleras con reivindicaciones políticas, y el término de regímenes militares en Portugal, España y varios países de América; todos los eventos suponen un marco de entendimiento del cambio transicional. En esta segunda fase aparecen mecanismos como las fiscalías, las comisiones de la verdad y los juicios criminales que cada país fue creando en sus marcos de transición de régimen. El paradigma soberanista y de no intervención sigue vigente y dominante²³.

Este debate, que se zanjó en las transiciones de los años 80 y 90 en tres continentes, se puede reconocer dentro de la justicia transicional entre quienes apostaron por una justicia retributiva que castigara ejemplarmente los crímenes, y los próceres de la justicia restaurativa, que proponían la verdad histórica, la reconciliación y el reconocimiento de las víctimas, en aras de una nueva realidad²⁴.

En las primeras décadas del siglo XXI, permanece la idea de que asistimos a la «Revolución Liberal» o que estamos en un proceso

22. KALDOR, Mary, *El Poder y la Fuerza. La Seguridad de la población civil en un mundo global*, trad. A. Álvarez, Tusquets, Ciudad de México, 2011.

23. La justicia transicional, en esta *segunda fase*, es un mecanismo amplio que se aboca al reconocimiento de las víctimas, la creación de la paz, la reconciliación y la democracia. Es un tipo especial de justicia no-ordinaria, que se incorpora en sociedades que transforman sus propios sistemas políticos, jurídicos y de autoridades.

24. ACKERMAN, Bruce, *The Future of Liberal Revolution... op. cit.*; NINO, Carlos Santiago, *Radical Evil on Trial*, Yale University Press, New Haven, 1996; ELSTER, Jon, *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, MA., 2004.

de maduración posterior a la «3ra Ola Democrática». Lo cierto es que los cambios, los conflictos y condiciones de nuestro tiempo nos suponen estadios muy lejanos de una sociedad liberal o de una democracia integral, o de un Estado Constitucional de Derecho. Más allá de la crítica hacia el maximalismo histórico de estas revoluciones y olas, lo que hay ahora es la repetición de una crisis en el sentido *habermasiano*. Esto es, que no hay condiciones para suponer que habrá una recuperación del Estado por la vía de la democracia electoral, a través de la política económica de mercado y la justicia entendida como orden jurídico nacional; todos estos son los elementos de los Estados Constitucionales de Derecho que imaginaron los «revolucionarios del fin de la historia» y en realidad forman parte del problema.

La *tercera fase* de la justicia transicional se reconoce en la actualidad. No hay un gran parteaguas, no hay una Gran Guerra o un gran proceso de cambio que asocie una corriente general de cambio en varios países. No existe un programa ideológico o una concepción de justicia y de derechos que explique el sentido del cambio. No existe una frontera histórica, conceptual o ideológica que marque un antes y un después. Esta tercera fase se caracteriza por el fenómeno de la violencia doméstica asociada al terrorismo y el crimen organizado global, y por la caracterización de guerras, conflictos armados y conflagración de violencia que supera las categorías de compresión de las guerras establecidas desde Westfalia hasta el Derecho Internacional Contemporáneo. Entre 1991 y 2000 emerge un nuevo régimen humanitario que supone cambios de normas, mecanismos de intervención, criterios y actores nuevos como la Corte Penal Internacional, los comités y relatorías especiales de las Naciones Unidas, y organizaciones de la sociedad civil. Esta nueva corriente apuesta más por la intervención humanitaria desde el exterior, enfrentando el paradigma soberanista con argumentos de Derechos Humanos y Paz. Después de los ataques terroristas del 11-S, se intensifica aún más la intervención, pero resurge el discurso soberanista de la Seguridad Nacional.

Un elemento común en todos los Estados vulnerados por la inestabilidad de la época, se puede reconocer en violaciones sis-

témicas o graves de los derechos humanos. Y para reconocer el elemento transicional en estos casos, será necesario analizar cuando la violación a tales derechos tenga una magnitud superlativa o una gravedad extraordinaria, de manera tal que la viabilidad del Estado se pone en juego con la situación. El juicio o valoración se vuelve transicional cuando supone un caso de crisis en el sentido *habermasiano*.

La Justicia Transicional vive momentos críticos al estar secuestrada por una supuesta defensa de los derechos humanos y de la democracia. Se busca de esta manera justificar las guerras contra el terrorismo y el narcotráfico como guerras justas y necesarias. Después de los ataques a las Torres Gemelas, el denominado 11-S comenzó a dominar la agenda de seguridad como instrumento de reformas al interior de los Estados²⁵. De diversas maneras se incorpora el tema de la «seguridad» como aspecto nodal de los Estados en sus transiciones. En algunos casos, las agendas comprenden desde la ocupación militar, como en Afganistán o Irak y, en otros, los cambios sustantivos se dan en torno a los aparatos policiales y militares, como en Colombia, Honduras o México.

Vasuki Nesiah identifica las doctrinas «transicionales» como Cosmopolitismo Humanitario que se dividen en una línea de riesgo, entre la Responsabilidad de Proteger (R2P, por sus siglas en inglés)²⁶, que supone una evolución del Derecho Humanitario sobre agendas de derechos humanos, y los programas de pacificación de la OTAN en Afganistán o en Irak²⁷. Desde estos ángulos se han elaborado complejas y nutridas políticas de intervención, aduciendo

25. ZOLO, Danilo, *Invoking Humanity: War, Law and Global Order (Political Theory and Contemporary Politics)*, Continuum, Londres y Nueva York, 2002; BOBBITT, Philip, *Terror and Consent: The Wars for the Twenty-First Century*, Alfred A. Knopf, Nueva York, 2008.

26. International Development Research Center, *The responsibility to protect. The report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty*, IDRC, Ottawa, 2001.

27. KATZENSTEIN, Peter J. (ed.), *The Culture of National Security, Norms and Identity in World Politics*, Columbia University Press, Nueva York, 1996.

un «derecho a intervenir», con el apoyo de gobiernos, academia y organizaciones civiles.

3. LAS COMISIONES DE LA VERDAD

Las comisiones de la verdad han sido el producto de las transiciones y nuevas democracias que emergieron durante la denominada «segunda fase transicional», que se reconoce en los rótulos de la *3ra Ola Democrática* o la *Revolución Liberal*. Son órganos técnicos que investigan patrones de violación de los derechos humanos y abusos cometidos en el pasado, dando como resultado un reporte que registra los hechos investigados y elabora recomendaciones, juicios y señalamientos²⁸. Forman parte de la obligación moral del Estado con las víctimas y sus familiares para reconocer los abusos y crímenes de Estado.

El propósito general en cada una de ellas consistió en producir informes que intentaban plantear «la verdad definitiva sobre lo ocurrido en cada dictadura» o lo ocurrido después de un conflicto armado²⁹. La mera creación de las comisiones marcó un reconocimiento oficial de las obligaciones que el Estado habría de asumir conforme a principios del Derecho Internacional. Son mecanismos de rendición de cuentas transicional, que propiciaron la legitimación pública de las democracias nacientes o mecanismos transicionales para la reconstrucción de una sociedad después de un conflicto armado³⁰. Una de las grandes contribuciones ha sido recobrar la «memoria histórica» a través de la investigación de violaciones que, anteriormente, habían sido ocultadas y negadas por el Estado. Tam-

28. Amnesty International, *Liberia: A brief guide to the Truth and Reconciliation Commission*. Amnesty International Publications, Londres, 2006.

29. MARCHESI, Alberto Aldo, «Las lecciones del pasado, memoria y ciudadanía en los informes "Nunca más"», en *Informe final del concurso: Culturas e identidades en América Latina y el Caribe*, Programa Regional de Becas, CLACSO, Buenos Aires, 2001.

30. ESPINOZA, Víctor, ORTIZ, María Luisa y ROJAS, Paz, «Comisiones de la Verdad: ¿un camino incierto?», en AA.VV. *Comisiones de la Verdad. Seminario Internacional: Tortura, reparación y Prevención*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Ciudad de México, 2003.

bién han sido instrumentos para documentar y dar forma jurídica a los crímenes de Estado, y la base para la defensa de los derechos de las víctimas por actos de violencia o represión.

En los estudios de Priscila Hayner sobre 21 comisiones de la verdad, uno de los principales hallazgos de la autora consiste en desvelar la diversidad de orígenes, propósitos y alcances de las comisiones, así como sus deficiencias y el impacto de sus documentos en la sociedad y la política. La diversidad es tal, que no se puede realizar una guía, criterio o marco teórico sostenible que las agrupe a todas dentro de un orden racional³¹.

En los casos paradigmáticos de la tercera fase transicional, las comisiones de la verdad se constituyen dentro de mecanismos judiciales que describen los contextos de crímenes extraordinarios y en defensa de las víctimas. Los tribunales nacionales o internacionales son los actores que abren la caja de Pandora. En otros casos, los organismos oficiales de derechos humanos o defensores del pueblo abren causas a partir de sus facultades constitucionales de investigación; y, en otros, son los congresos quienes abren el proceso de investigación a partir de un comité especial. En todos estos casos no existe una pretensión historicista o maximalista de cambiar un régimen (por transacción), pero la dimensión de los hechos y crímenes constituye un cuestionamiento serio sobre la validez y legalidad del Estado vigente y el anterior.

La Verdad se ha construido en medio de contextos políticos, jurídicos, sociales y técnicos muy diversos, pero en todos los casos se puede reconocer un conjunto de propósitos generales, que se resumen en un Derecho Fundamental: (a) Por el Derecho a la Verdad de las víctimas por crímenes cometidos durante el régimen. Se incorpora el derecho de corrección por falsas acusaciones en contra de personas de la oposición política, miembros de una etnia, grupo o religión perseguida; (b) Por el Derecho a la Verdad de los familiares que fueron muertos o desaparecidos, por las mismas razones aducidas en las víctimas que sufrieron la perpetración material

31. HAYNER, Priscila, *Verdades innombrables: El reto de las comisiones de la verdad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2008.

de los crímenes; (c) Por el Derecho a la Verdad de la sociedad en su conjunto de saber las circunstancias y razones que explicasen los crímenes extraordinarios. Esto es, desentrañar los elementos de poder, los de corrupción y los de intolerancia, los elementos de segregación y persecución, que permitieran explicar las condiciones del crimen y de su impunidad³².

En algunos casos, la comisión de la verdad fue creada por el Poder Ejecutivo mediante un decreto. Tales son los casos de Argentina, Chile, Perú, Honduras, Sudáfrica, Nigeria y Chad. En otros, surge como el producto de acuerdos de paz firmados en los países después de un conflicto armado: Guatemala³³ o El Salvador³⁴ en América, y Liberia o Sierra Leona en África³⁵. La Enquete Kommission de Alemania del Este, se configura con la fusión de los dos Estados alemanes que fueron creados como consecuencia de la Guerra Fría. En el caso de México, la Fiscalía se compone desde un decreto del Poder Ejecutivo, pero en un sistema político donde aún permanece el partido dominante al que se le atribuye el carácter autoritario y fuente de las élites políticas y funcionarios de gobierno acusados de delitos graves y represión. En España, la Ley de Memoria His-

32. Culture Conflict Cooperation, «Grand national narratives and the project of truth commissions: A comparative analysis», en *Narrative, trauma and memory: Working through the Southern African armed conflicts of the 20th century*, Universidad de Cape Town, Sudáfrica, 3-5 de julio, 2002.

33. El caso de Guatemala nace a partir de los Acuerdos de Oslo, en 1994, firmados entre el gobierno, miembros del ejército y miembros de la guerrilla, que culminaron en los acuerdos de paz firmados en 1996. En Guatemala, después de 36 años de guerra civil, la resistencia de los poderes militares y el resentimiento de las víctimas hicieron particularmente difícil la negociación.

34. El caso de El Salvador se generó a partir de los Acuerdos de Chapultepec, firmados entre el gobierno y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional en enero de 1992, donde la ONU fungió un papel fundamental para el acuerdo y para el funcionamiento de la Comisión de la Verdad.

35. CUYA, Esteban, *Las Comisiones de la Verdad en América Latina*, serie III. Impunidad y Verdad, Centro de Documentación e Información sobre Derechos Humanos en América Latina del Centro de Derechos Humanos de Nurember, Nürnberg, 1996. Accesible en <http://www.derechos.org/koaga/iii/1/cuya.html>.

tórica se erige como instrumento para dar nombre y dignidad a las víctimas de la guerra civil española y las víctimas del franquismo; no obstante, carece de condenas o señalamientos en torno a la comisión de los delitos graves o de lesa humanidad³⁶.

La agenda de transición en algunos países se convirtió en un esquema de mera alternancia de partidos políticos, y los dirigentes políticos de entonces no representaron a los grupos sociales que sufrieron represión, persecución y muerte. De esta manera, la supuesta prioridad de rendir cuentas se pierde en una agenda cotidiana de negociación legislativa³⁷.

Algunas comisiones de la verdad se construyeron a partir de procesos ciudadanos, como en Brasil. El reporte denominado «Nunca

36. ESPINOZA, Víctor, ORTIZ, María Luisa y ROJAS, Paz, *Comisiones de Verdad ¿Un camino Incierto? Estudio comparativo de Comisiones de la Verdad en Argentina, Chile, El Salvador, Guatemala y Sudáfrica desde las víctimas y las organizaciones de Derechos Humanos*, CODEPU/APT, Santiago de Chile, 2002. Las circunstancias políticas fueron determinantes para los alcances de las Comisiones de la Verdad y de sus resultados. En el caso de Chile, por ejemplo, el dictador Augusto Pinochet siguió siendo comandante de las Fuerzas Armadas hasta 1998 y senador vitalicio, legitimado en un sector importante de la población chilena. El riesgo y temor que supone esta realidad para los miembros de la Comisión de la Verdad es insuperable y trasciende en los elementos de impunidad mostrados en la Ley de Amnistía, y en el fuero y poder aún vigente de Pinochet y otros personajes señalados como responsables de crímenes graves.

37. El caso mexicano se caracteriza por venir de una transición electoral hacia la derecha política, con el triunfo del PAN y de Vicente Fox como presidente; y también por una fuerte presencia del partido hegemónico, el PRI, en todos los ámbitos de poder político del país, y con una mayoría contundente en los gobiernos federados. Estas condiciones políticas fueron lapidarias para el Derecho a la Verdad. En Sudáfrica se dio una «revolución negociada», que se formuló desde el liderazgo regional del Congreso Nacional Africano y tuvo su piedra de toque en el gobierno de Nelson Mandela, frente a un Apartheid gravemente deslegitimado por su carácter autoritario y segregacionista. En los casos de Argentina o España resalta la condena inicial a los regímenes autoritarios y las violaciones a los derechos humanos perpetradas en sus mandatos; pero, también, la concesión de leyes de amnistía a los perpetradores y responsables de los crímenes cometidos. Ver la Instrucción 399/2006 V de la Audiencia Nacional, cuyo juez instructor Baltazar Garzón, se define en torno a demandas de asociaciones de víctimas del franquismo.

Mais» fue generado por un grupo de treinta y cinco investigadores, quienes contribuyeron desde el anonimato y ante la coordinación del cardenal Arns y el presbítero Jaime Wright. El proceso fue apoyado por el Consejo Mundial de Iglesias, que financió los trabajos y se convirtió en receptor de documentos sensibles para su resguardo. Como lo relata Esteban Cuya:

Durante el proceso de investigación y elaboración del Informe Brasil «Nunca Más», el grupo de trabajo adoptó muchas medidas de seguridad, para no dejar huellas de lo que estaban haciendo. Además de usar casas fuera de la capital del país, y de tener copias dobles de los documentos, en sus comunicaciones orales y escritas emplearon un lenguaje cifrado, codificado, sólo entendible por ellos. El «Chocolate» era el término que se empleaba para referirse a los documentos secretos. La documentación fue microfilmada y procesada dos veces, para que una copia fuese guardada, sin riesgos, fuera del país. Se aprovechó el viaje al extranjero de personas con rango diplomático para transportar las copias microfilmadas y los recursos para el financiamiento de la investigación³⁸.

Uno de los principales componentes de análisis en las comisiones de la verdad consiste en construir un discurso distinto al que oficialmente se genera sobre los hechos, las perpetraciones de violencia y los crímenes. Hay un sentido de oposición ante el ocultamiento, la falsificación o la mentira que, en sí mismos, albergan aspectos de violencia, delito e impunidad atribuibles al Estado. Hay un «verdadero juicio», como se estableció en la Comisión «Nunca

38. CUYA, Esteban, *Las Comisiones de la Verdad en América Latina... op. cit.*, puntos 2 y 3. Caso similar sucedió en Uruguay con el informe «Nunca Más», elaborado por el Servicio de Paz y Justicia (SERPAJ), que se construyó con documentos testimoniales de diverso tipo y los resultados de una encuesta especial, «La prisión prolongada en Uruguay: la versión de los detenidos». En el informe se exponen los antecedentes históricos que condujeron al golpe de Estado y el desarrollo de la dictadura; se describieron casos de tortura, detención, muertes y desapariciones; y se expusieron las alteraciones causadas por el golpe de Estado y los crímenes de la dictadura hacia el conjunto de la sociedad.

Más» de Uruguay, que determina la conducta del Estado y los poderes fácticos en una situación dada. Así se configura un elemento fundamental de la rendición de cuentas, al establecer un mecanismo de descubrimiento de los hechos y conductas a partir de miradas y análisis, cuyo propósito es conocer el significado de la violencia, la represión, el crimen y el significado de las víctimas en el contexto social, frente a los códigos de significación que establece y reproduce el Estado a través de sus aparatos oficiales³⁹.

Discutir las causas de la dictadura, del régimen, de la guerra, del conflicto o la conflagración de la violencia, supone un análisis sobre las condiciones de las libertades y los derechos de la sociedad, y la reacción del Estado en torno de la violencia, el crimen o la represión. De la explicación política e histórica emerge una necesidad epistemológica para interpretar los hechos, las conductas y las instituciones. Este páramo epistémico es el de los derechos humanos. Por ejemplo, en el caso de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Chile, se establece una lectura de los hechos a partir de las normas internacionales sobre derechos humanos, de manera que se realiza un juicio sobre la validez o invalidez de la conducta del Estado frente a la verdad⁴⁰.

El aparato crítico para interpretar una verdad en este sentido, parte de los derechos humanos y su situación frente a contextos políticos y regímenes de Estado. Se configuran principios mínimos indispensables para juzgar la validez, racionalidad y legitimidad de un régimen, frente a conductas que cuestionan severamente dicha condición. El derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho al debido proceso (frente a detenciones sumarias, ejecuciones extrajudiciales, presos políticos, etc.), el derecho a no sufrir condiciones inhumanas, la libertad de expresión, de religión y de reunión⁴¹. Los derechos humanos se convierten en las pruebas

39. Servicio Paz y Justicia, *Informe «Nunca más»*, SERPAJ, Montevideo, 1989, p. 7.

40. MARCHESI, Alberto Aldo, «Las lecciones del pasado...», *op. cit.*

41. Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, *Nunca Más*, EUDEBA, Buenos Aires, 2006. Especialmente, véanse los apartados siguientes del capítulo I: F. «La muerte como arma política», G. «El compromiso de impunidad», y M. «El lucro de la represión».

de ácido para comprender la validez del régimen de Estado; y la construcción de la verdad se realiza a través de la mirada epistemológica de los derechos humanos, como elementos de juicio sobre la conducta de los poderes y para configurar contextos y definiciones a la violencia, el crimen y la impunidad.

La primera víctima identificable en las comisiones de la verdad es la sociedad que acusa. Los demandantes de justicia son señalados en medio de la construcción del miedo y la justificación del crimen por parte del régimen de Estado, acusando inestabilidad, amenaza; como se dice en el informe de la CONADEP en Argentina, de «un delirio semántico, encabezado por calificaciones como «marxismo-leninismo», «apátridas», «materialistas y ateos», «enemigos de los valores occidentales y cristianos»»⁴².

La construcción de la víctima en los informes de las comisiones de la verdad se convierte, en algunos casos, en el *leit-motif* de la invalidez del régimen, en la magnitud de los crímenes extraordinarios y en la advertencia para el futuro. En los casos estudiados por Aldo Marchesi se observa que algunos informes ponen un especial énfasis en las víctimas asesinadas, como en Chile y Argentina; en otros, plantean un concepto más amplio de la noción de víctima, integrando la experiencia de los presos políticos y los exiliados, como sucede en el caso de Uruguay⁴³; o el enfoque en las personas que sufrieron la tortura y otras prácticas inhumanas y degradantes, como en el informe *Nunca Mais* de Brasil⁴⁴.

42. *Ibid.*, p. 10; Audiencia Nacional (Instrucción 399/2006 V), la cual se define en torno a demandas de asociaciones de víctimas del franquismo, y cuyo juez instructor fue Baltazar Garzón.

43. DA SILVA CATELA, Ludmila, *No habrá flores en la tumba del pasado. La experiencia de reconstrucción del mundo de los familiares desaparecidos*, Ediciones Al Margen, La Plata, 2001.

44. BUBENZER, Friederike, MEINTJES, Cara, MURITHI, Tim, NGARI, Allan y ZAMBARA, Webster, «African Perspectives on the Appointment and Mandate of the United Nations Special Rapporteur on the Promotion of Truth, Justice, Reparation and Guarantees of Non-recurrence», en *IJR Policy Brief* N° 7, Johannesburgo, junio 2012. Accesible <http://dspace.cigilibrary.org/jspui/bitstream/123456789/33637/1/IJR%20Policy%20Brief%207.pdf?1>

La segunda fase transicional ha concluido. El derecho a la verdad tiene que dejar esos estándares y procedimientos que fueron posibles en una coyuntura histórico-política que ahora no es vigente. El propósito es encontrar las claves para que el derecho a la verdad sea asequible y garantizable para personas y no solo para instituciones públicas o Estados-Nación. Así, se observa una tendencia del Derecho Internacional que evoluciona de un derecho interestatal, donde solo dialogan soberanías, hacia causas y casos que rompen el paradigma soberanista de la no intervención. Apoyado en los tratados y normas vinculantes, se enarbola una tradición nueva del Derecho Internacional que merece la pena registrar en favor del propósito. Destacan como evolución de las comisiones de la verdad algunos instrumentos ad-hoc que ofrecen elementos harto interesantes, como en el Informe Goldstone sobre la situación en el conflicto Palestina-Israel⁴⁵, el Plan Althissari sobre la transición en Kosovo⁴⁶, o el manual de mecanismos de consolidación de la paz, ejercido desde Naciones Unidas en Liberia⁴⁷, Burundi⁴⁸, Congo y Haití⁴⁹. Asimismo, hay una importante veta de criterios vinculantes en las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que favorecen el propósito. En el mismo sentido, los reportes

45. United Nations, *Human Rights in Palestine and other occupied arab territories. Report of the United Nations Fact Finding Mission on the Gaza Conflict*, United Nations Council, A7HRC/1248, 15 de septiembre 2009.

46. United Nations, *Comprehensive Proposal for the Kosovo Status Settlement*, General Secretary (s/2007/168), marzo 2007.

47. United Nations, *Fifteenth Progress Report of the Secretary-General on the United Nations Mission in Liberia*. S/2007/479, 8 de agosto 2007. Accesible en <http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/unmil/reports.shtml>

48. United Nations, *Monitoring and Tracking Mechanism of the Strategic Framework for Peace building in Burundi*. PBC/2/BDI/4, noviembre 2007. Accesible en http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=P-BC/2/BDI/4

49. United Nations, Institute for Applied International Studies and Norwegian Peace building Centre, *Monitoring Peace Consolidation*, NNUU/FAFO/NOREF, 2010. Accesible en http://www.un.org/en/peacebuilding/pbso/pdf/monitoring_peace_consolidation.pdf

y observaciones realizadas por comités y relatorías especiales de Derechos Humanos, tanto del Sistema Interamericano como de Naciones Unidas, ofrecen recomendaciones y observaciones con un determinado nivel de coercibilidad.

Asistimos actualmente a una vaguedad sobre supuestos «Estados de Derecho» en diversas naciones que han sido «democratizadas», pero que ahora registran sociedades atravesadas por la violencia, frente a Estados que figuran como solapadores o perpetradores de crímenes. Ante estos escenarios, emerge una evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Humanitario Internacional⁵⁰. Los grandes instrumentos posdemocráticos o reconocibles en la «tercera fase transicional» aún siguen atrapados en el marco de no-intervención a los gobiernos, salvo que la dimensión del conflicto alcance niveles de inestabilidad global⁵¹. Solo en estos casos es que surgen algunos instrumentos multilaterales donde se ejerce el derecho a la verdad como mecanismo de rendición de cuentas y de reconstrucción de la paz, y la aplicación de instituciones y las normas básicas de derechos humanos.

4. DERECHO A SABER Y DERECHO A LA VERDAD: DOS VERSIONES DE UN MISMO DERECHO SOBRE REALIDADES ORDINARIAS Y TRANSICIONALES

Uno de los puntos cardinales para una transición es el derecho a la verdad, ya sea sobre cortes históricos del «pasado» o sobre la marcha progresiva de asuntos graves que cuestionan la viabilidad o legitimidad de un Estado. El derecho a la verdad es conocido desde el Derecho Internacional como la obligación de los Estados de proporcionar información a las víctimas, a sus familiares o a la sociedad en su conjunto sobre las circunstancias en que se come-

50. ROSCINI, Marco, «The United Nations Security Council and the Enforcement of the International Humanitarian Law», en *Israel Law Review*, vol. 43, 2010, pp. 330-359.

51. FINNEMORE, Martha, «Constructing Norms of Humanitarian Intervention», en KATZENSTEIN, Peter J. (ed.), *The Culture of National Security. Norms and Identity in World Politics*, Columbia University Press, Nueva York, 1996.

tieron violaciones graves de los derechos humanos. Y se trata de la construcción de la verdad jurídica, más que de cualquier otro objetivo. Pero esta verdad jurídica no se limita a la concreción de una responsabilidad individual o varias, sino a una concepción estructural de derecho y de justicia que impone.

Desde la perspectiva del Derecho Internacional existe un afluente casuístico que favorece la construcción del Derecho a Saber. De la tradición en materia de Libertad de Expresión⁵², sobre los Principios contra la Impunidad y la Lucha contra la Corrupción surgen varios casos que sirven para abrir la brecha de un Derecho a la Información como medida de protección y reparación contra las violaciones a los derechos humanos. En nuestro continente, el caso Claude Reyes⁵³ fue un punto de inflexión para que el Sistema Interamericano indujera el Derecho a la Información como elemento básico para la construcción de la democracia. A partir de este momento, se aprobaron legislaciones sobre la materia en diversos Estados de la región.

En el sistema europeo, destacan los casos *Gaskin* y el caso *Guerra*. En el primero, el Tribunal Europeo encontró necesario el Derecho a Saber como fuente de garantía de los derechos fundamentales, suscritos en el artículo 8 del Convenio Europeo, relativo al respeto a la vida privada y familiar. La víctima fue un niño que fue entregado en adopción a diferentes adultos después de la muerte de su madre. Alegando abusos y maltratos, se demandaba el Derecho a Saber acerca de los expedientes de los padres adoptivos y las medidas adoptadas desde la política de adopción y custodia de menores. En el caso *Guerra*, el Tribunal Europeo declaró procedente el Derecho a Saber sobre las condiciones de salud y salubridad de una comunidad que compartía territorio de un centro de industria química. La contaminación ambiental y su consecuente afectación

52. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, vol. III. OEA/Ser. L/VIII 118. Doc. 70 del 29 de noviembre de 2003.

53. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de noviembre de 2006.

al bienestar de las personas fue suficiente vínculo para invocar el artículo 8 del Convenio Europeo⁵⁴. En ambos casos, la protección y garantía de los derechos humanos fue motivo para generar obligaciones en los Estados para proveer información frente a víctimas y afectados. Se configura entonces un Derecho a Saber.

Sobre las prácticas del Estado en condiciones de guerra o lucha contra el crimen organizado, destacan el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre «Terrorismo y Derechos Humanos», los Principios de Lima y el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *Ricardo Canese v. Paraguay*. En el sistema europeo destacan los casos *Engel vs. Países Bajos* y *Lauko vs. Eslovaquia*, en los que se desarrolla un Derecho a Saber sobre las mociones de control (*Control Orders*) de la policía y las fuerzas armadas en el contexto del terrorismo y las garantías judiciales o de Estado de Derecho que les obligan⁵⁵.

El caso del juez Baltazar Garzón resulta paradigmático en la Instrucción 399/2006, sobre las víctimas del franquismo. La argumentación de Baltazar Garzón es emblemática. Su punto de partida se zanja desde la justicia española y aduce que los delitos cometidos en el pasado no han sido (hasta la fecha) investigados ni juzgados propiamente por el Derecho Penal ordinario, haciendo una crítica severa al Estado de Derecho español. Tampoco intenta construir una comisión de la verdad, conforme a los estándares de la «segunda fase transicional», dado que la investigación judicial no forma parte de un ejercicio político⁵⁶. Lo que construye el juez Garzón es el derecho de las víctimas en un contexto de crímenes extraordinarios donde una facción del poder fue la culpable, en el contexto de una guerra, y el Estado español responsable por fomentar la impunidad al decidir no investigar ni abrir causa.

54. European Court of Human Rights. *Case Guerra and others v. Italy*, (116/1996/735/932). Judgment, Strasbourg, 19 de febrero 1998.

55. European Court of Human Rights. *Case Engel and others v. The Netherlands* (Application no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72), Judgment, Strasbourg, 8 de junio 1976, para. 82-83; Íd. *Case Lauko v. Slovakia* (4/1998/907/1119), Judgment, Strasbourg, 2 de septiembre 1998, para. 57.

56. Audiencia Nacional (Instrucción 399 /2006 V).

Es decir, que Baltazar Garzón, como instructor de la causa, establece que la jurisdicción penal internacional y la jurisdicción en materia de derechos humanos trasciende el pasado y sus regímenes jurídicos, sin necesidad de albergarse en una «causa general» como mecanismo transicional, para que la investigación e incoación de la causa sea legítima de pleno derecho⁵⁷.

El derecho a la verdad se refuerza con las obligaciones establecidas en los Principios Generales para Combatir la Impunidad⁵⁸. Se establece claramente que los Estados se encuentran sometidos a una obligación de satisfacer este derecho frente a víctimas de abusos de derechos humanos⁵⁹. La jurisprudencia internacional, además, se apoya en este esquema de derechos-obligaciones relacionado con la verdad, señalando que este derecho existe en las dimensiones individual y colectiva para conocer sobre aquello que sucedió, las razones y circunstancias que dieron origen a crímenes aberrantes⁶⁰.

El tema que nos ocupa con el derecho a la verdad, es que puede encontrarse en un proceso de transición abierta de Estado o, en

57. European Court of Human Rights. *Case Guerra and others v. Italy... op. cit.* «Esta conclusión no es producto de un simple formalismo, porque, con independencia de los problemas de la tipificación o descripción concreta de los crímenes internacionales en nuestro ordenamiento jurídico penal y de la necesidad o no de la transposición expresa de los crímenes internacionales a las legislaciones internas, es sabido que los tribunales españoles no pueden aplicar más penas que las expresamente establecidas para los delitos y, antes de la introducción de los crímenes de lesa humanidad en nuestro Código Penal, no estaba prevista pena alguna para estos crímenes en dicho Código, ni tampoco en tratado o convenio internacional alguno».

58. Human Rights Watch, *Breaking the Grip? Obstacles to Justice for Paramilitary Majtas in Colombia*, HRW, Nueva York, octubre 2008. Véase especialmente VI. International Legal Standards. Victims' Rights to Truth, Justice, and Non Repetition of Abuses. Accesible en <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/colombia1008web.pdf>

59. United Nations Commission on Human Rights, *Updated Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights through Action to Combat Impunity*, UN Principles to Combat Impunity, 8 de febrero 2005, Principle 2.

60. Interamerican Commission of Human Rights. *Report on the Demobilization Process in Colombia*. OEA/Ser.L/V/II.120. Doc. 60, Washington, D.C., 13 de diciembre 2004, para. 18.

cambio, imponer condiciones para una reestructuración forzada del Estado en ciertos aspectos. Las metas finales de una transición, se ha dicho, son la justicia, la verdad, la reconciliación, la integración social, la democratización, protección de libertades públicas y derechos fundamentales; todos estos elementos se incorporan en el marco de la construcción de un Estado de Derecho.

Lo que sucede en el caso de México, como en otros muchos países que supuestamente ya pasaron su transición, es que dichas metas nunca fueron alcanzadas ni concluidas; y más allá del reclamo por la transición fallida, lo que se demanda es abordar aspectos sistemáticos de violación de los derechos y de casos emblemáticos que muestran una descomposición incuestionable del Estado en torno de ciertos sucesos, fenómenos sociales o casos trascendentales.

El derecho a la verdad incardina con las tesis de Teitel de una tercera fase transicional, o de Ackerman, en torno a una situación emergente. Aunque se trata de dos tesis distantes y diversas, coinciden cuando, en Estados «ordinarios», suceden casos de violación extendida, sistemática y grave de derechos fundamentales, que explican la ruptura de la autoridad respecto a los principios del Derecho Humanitario Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Haciendo un recuento de los últimos 40 años, entre generaciones presentes y con el testimonio vivo entre nosotros, podemos constatar que en México existe un repertorio de eventos dramáticos de brutalidad, impunidad y crímenes cometidos por agentes del Estado que, vistos desde la justicia internacional, pueden ser calificados sin mayor aspaviento como «Delitos de Lesa Humanidad». También encontramos casos en que el Estado forma parte ineludible en hechos graves de violación a derechos humanos y ruptura frente al cumplimiento de principios humanitarios básicos que, si bien no obstan en señalar la autoría y responsabilidad directa de delitos, sí se reconoce un grado insoslayable de responsabilidad por conductas vinculadas causalmente, tales como la omisión, la corrupción y la impunidad. Algunos de los casos se circunscribieron en el contexto de la «transición democrática» y otros se pretenden explicar desde

la mirada de las instituciones actuales, desde la perspectiva de una «facultad de investigación».

Una pregunta cardinal es si ¿podemos incorporar los derechos fundamentales a la Verdad, a Saber y a la Información? Conceptualmente pueden consistir en el mismo fundamento axiológico-jurídico, pero su operación configura escenarios distintos. Entonces, la prerrogativa es sociológica, ¿podemos los ciudadanos construir la Verdad ante un Estado sistémicamente disfuncional y en conflicto permanente? Y la posibilidad de respuestas se multiplica. La Verdad, ante un sistema de Estado descompuesto, no implica una prescripción obligatoria sino una señal de su propia destrucción como autoridad. Por eso, el derecho a la verdad, como herramienta básica de la sociedad, puede construir la noción de un caso de impunidad, corrupción, crímenes y faltas de corte estructural. Es decir, se construye un Derecho a Saber. Y para elevarse a la categoría de un Derecho a la Verdad, las instituciones del Estado han de recoger los conocimientos y los hechos para juzgar un aspecto de su autoridad que ha sido condenado conforme a obligaciones básicas de derechos fundamentales y principios humanitarios. En caso contrario, la negativa de las instituciones del Estado a conformar un Derecho a la Verdad, se puede identificar como una evidencia más del «fallo general» proveniente de un «Estado en conflicto». Se omite el apelativo de «Estado Fallido» por vincularse este a las doctrinas de intervención militar-humanitaria que han aplicado anteriormente⁶¹.

La construcción de la Verdad en los mecanismos transicionales del siglo XX se enmarcó en un objetivo de reconstruir las concepciones generales de justicia sobre un régimen, desde los cuales se condenó el pasado y se condiciona el presente de un supuesto «nuevo régimen»⁶².

61. TEITEL, Ruti G., *Transitional Justice... op. cit.*

62. TOIT, André, *Los Fundamentos morales de las Comisiones de la Verdad. La Verdad como Reconocimiento y la justicia como «Recognition»: Principios de la Justicia Transicional en la Práctica de la Comisión de la Verdad y Reconciliación Sudafricana*, Princeton University Press, Nueva York, 2000.

Conforme al mismo autor de «La Revolución Liberal», Bruce Ackerman, se acusa la necesidad urgente de hacer una revisión constitucional para imponer conceptos acordes a la protección de las libertades civiles y los derechos fundamentales dentro del marco de lo que llama «*Regímenes constitucionales emergentes*». La guerra contra el terrorismo o contra el narcotráfico supone un inaceptable estándar de violaciones a las libertades civiles y derechos fundamentales⁶³. Esta opinión y otras más, orientan a pensar en que las transiciones se hacen sobre el presente y sin las pomposas pretensiones de una revolución global, sino la protección de los derechos fundamentales de las personas dentro de un régimen.

Si tomamos los principios del Derecho a la Verdad, que pareciera pertenecer exclusivamente a procesos transicionales, vemos que se enmarca en eventos que no se explican dentro de una dinámica transicional. En México existen casos como Aguas Blancas, Acteal, Atenco, Guardería ABC y la masacre de Tamaulipas, que requieren una explicación completa que suponga la complejidad social, política y cultural en que se encuentra inscrito el evento criminal. No se puede obviar aquí la llamada «Guerra contra el Narco» que reporta más de 90 mil muertos, con un ascenso demencial de crímenes contra periodistas y gobernantes electos. La justicia ordinaria no puede concebir toda la complejidad de casos como éstos, sino aportar una visión estructural y caso-por-caso de los sucesos.

Yasmin Naqvi nos expone las coordenadas del Derecho a la Verdad, diciendo que:

Esos objetivos van mucho más allá de la mera determinación de la culpabilidad o la inocencia de algunos individuos, y pueden abarcar desde fines elevados, como contribuir al «restablecimiento y mantenimiento de la paz» o al «proceso de reconciliación nacional», hasta luchar contra la impunidad, disuadir o prevenir con respecto a violaciones futuras, satisfacer las necesidades de las víctimas y hacer valer sus derechos, eliminar del escenario político a actores

63. ACKERMAN, Bruce, «The Emergency Constitution»... *op. cit.*

políticos peligrosos, restablecer el estado de derecho y reafirmar el principio de la legalidad⁶⁴.

La división entre el pasado y el presente son, aquí, pautas meramente orientativas para distinguir la transición fallida como un momento histórico trascendental. La hipótesis que subyace detrás de los casos demuestra que, desde el punto de vista del Derecho a la Verdad, el Derecho a Saber y el Derecho a la Información, no ha existido tal cosa que se llame «transición» y vale más suponer una realidad distinta antes que confundir escenarios que dan otra percepción de la situación histórica que sucede en México. Si creemos que la «transición» política ha concluido con las elecciones del año 2000, entonces no hay condiciones epistémicas para comprender la profunda descomposición institucional que explica la existencia de casos tan graves como los expuestos anteriormente. Esto es, que se debe reconocer que no hay un Estado de Derecho desde el cual se establezca una relación entre la Sociedad y el Estado para abordar casos delicados.

Durante la «administración-transicional», identificada con la llegada del presidente Vicente Fox al Gobierno Federal, en el año 2000, se creó la llamada Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado (FEMOSSP). La FEMOSPP recabó denuncias que incluyen 532 casos de guerrilleros desaparecidos en la década de 1970 y 1980, sumó las matanzas de Tlatelolco, «Jueves de Corpus», el caso Aguas Blancas, los 600 desaparecidos del Partido de la Revolución Democrática durante el sexenio 1988-1994, los perseguidos del Ejército Popular Revolucionario en Oaxaca y 170 homicidios de maestros disidentes.

La Fiscalía no siguió los procesos conforme a su naturaleza institucional. Destaca un fracaso en el caso de «Genocidio» seguido contra el expresidente Luis Echeverría, que hace tan evidentes los errores estratégicos de la FEMOSPP, de manera tal que se sospecha

64. NAQVI, Yasmin, «El Derecho a la Verdad en el Derecho Internacional: ¿verdad o ficción?», en *International Review of The Red Cross*, N° 862, junio de 2006, p. 2.

razonablemente una conducta deliberadamente ineficaz. A medio camino, la FEMOSPP cambia sus propósitos hacia los de una Comisión de la Verdad, aunque la naturaleza explícita fue la de un seguimiento jurisdiccional. Careciendo de elementos estructurales de una Comisión de la Verdad, la FEMOSPP emitió un documento que emula la exposición de una «Verdad Histórica», pero realizado con menor precisión y calidad que muchos ejercicios ciudadanos sobre los mismos eventos y sin mayores prescripciones reformistas hacia los poderes actuales. En este informe se concluye ramploamente que la «democracia» electoral supone el nuevo comienzo para el Estado, que define como Estado de Derecho; y los asuntos serían puestos a disposición de la justicia ordinaria. Ocultamente, y en el último día de su gestión (probablemente uno de sus últimos actos), el gobierno «transicional» de Vicente Fox (2000-2006) emite un decreto de desaparición de la FEMOSPP. Sin mayor solemnidad, la administración de Felipe Calderón desapareció la Fiscalía dentro de la administración pública.

El problema que circunscribe la hipótesis la encontramos ahora en el «presente». ¿Cómo abordar los casos de violaciones graves de los derechos humanos que pueden consistir en Delitos de Lesa Humanidad o violaciones al Derecho Humanitario, y que se han generado en los «tiempos democráticos»?

Existen casos que aún palpitan en los zócalos profundos de nuestra sociedad y aún cuestionan la viabilidad de las instituciones en esta metáfora de un supuesto Estado de Derecho. El caso de la Guardería ABC trata sobre 49 niños muertos y 76 heridos por el incendio de una guardería público-privada, subrogada por el Estado. El caso de Atenco trata de un movimiento social de rebelión contra las autoridades, iniciado con el intento de expropiación de sus tierras, y culminado con un operativo policial de gran escala que reportó muertos, heridos y acusaciones de violación, tortura y detenciones arbitrarias⁶⁵.

65. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Informe preliminar de la Suprema Corte sobre el Caso Atenco*, SCJN, 2008. Accesible en <https://www.scnj.gob.mx/saladeprensa/noticias/Paginas/2008-27.aspx>

El caso de Aguas Blancas es un punto de partida para discutir el derecho a la verdad en tiempos no-transicionales. Se perpetró la ejecución de 17 campesinos y quedaron gravemente heridos otros 25 por el ataque armado en una región rural de Guerrero. La Suprema Corte realizó su facultad de investigación y declaró la responsabilidad de altos funcionarios de gobierno⁶⁶. Esta «facultad de investigación» se repitió en el caso de Atenco y la Guardería ABC, pero los resolutivos fueron decepcionantes para las víctimas, para la sociedad y la democracia en general. No hubo elementos con los cuales se señalara un funcionario responsable por delitos graves, y los dictámenes no mostraron aquellas medidas que debieran cambiar de manera estructural para evitar un evento similar en el futuro. Uno de los argumentos esgrimidos por la Corte, en el caso de la Guardería ABC, consiste en afirmar que la «facultad de investigación» tiene su espacio natural en el Congreso de la Unión, como sucede en otras democracias constitucionales, pues los principios de justicia retributiva deben concebirse desde análisis estructurales de los casos y, en consecuencia, imponer medidas estructurales que superan la limitante del caso-concreto.

El caso Aguas Blancas establece un criterio en esta «facultad de investigación» que a la letra dice:

Esta facultad del Poder Legislativo tiene incuestionablemente el derecho y el deber de inspeccionar la marcha de todos los actos del gobierno, a fin de llenar debidamente su cometido, tomando todas las medidas que juzgue convenientes para normalizar la acción de aquél; pero cuando la investigación no deba ser meramente informativa, para juzgar de la necesidad e improcedencia de una medida legislativa, sino que afecta a un carácter meramente judicial, la reforma faculta tanto a las Cámaras como al mismo

66. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acuerdo General 16/2007. En este acuerdo se establecen las reglas a que deberán sujetarse las comisiones de investigación que se formen con motivo del ejercicio de la facultad consignada en el artículo 97, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Poder Ejecutivo, para excitar a la Suprema Corte a que comisione a uno o algunos de sus miembros, o a un Magistrado de Circuito, o a un Juez de Distrito, o a una comisión nombrada por ella para abrir la averiguación correspondiente, únicamente para esclarecer el hecho que se desea conocer; cosa que indiscutiblemente no podrían hacer los miembros del Congreso, los que de ordinario tenían que conformarse con los informes que quisieran rendirles las autoridades inferiores⁶⁷.

El caso de Acteal es paradigmático por su trasfondo y por las medidas adoptadas desde el Estado. El 22 de diciembre de 1997, un grupo armado —que es señalado razonablemente como un grupo paramilitar—, presuntamente conformado por más de cien personas, mató a 45 indígenas tzotziles: 18 niños, 22 mujeres y 6 hombres. Según la versión oficial, difundida por el gobierno del entonces presidente Ernesto Zedillo, se atribuyó el ataque a disputas entre grupos locales, tras formarse el Concejo Municipal Autónomo de Polhó. Pero el contexto geográfico, cultural y político expone elementos mucho más profundos que el mero ataque entre grupos locales. Es allí donde se erige una versión ilustrativa del zapatismo civil, pacífico y abocado a una doctrina política; y es en medio de un conflicto armado entre el Estado mexicano con el Ejército Zapatista de Liberación Nacional, estallado en 1994. Es, también, contexto geográfico y político del fenómeno de la paramilitarización en la zona y de la denominada «Guerra de Baja Intensidad»⁶⁸.

En 2011 se aprobó la iniciativa de reforma constitucional sobre la Comisión de Derechos Humanos, donde se destaca una facultad de investigación para este organismo autónomo. Con la aparición

67. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Solicitud No. 3/96, relativa a la petición del presidente de la República para que se ejerza la facultad prevista en el segundo párrafo del artículo 97 constitucional, concretamente, respecto de los hechos ocurridos el veintiocho de junio de mil novecientos noventa y cinco, en el lugar conocido como «El Vado» de Aguas Blancas, municipio de Coyuca de Benítez, Estado de Guerrero.

68. BELINGHAUSEN, Hermann, *Acteal- Crimen de Estado*, La Jornada Ediciones, Ciudad de México, 2009.

de esta facultad, desaparece en la Suprema Corte de Justicia. A discusión queda si dicha «facultad de investigación», ahora fincada en la Comisión de Derechos Humanos, reduce las prerrogativas del Congreso de la Unión. Aún no se resuelve una eventual «facultad de investigación» desde el seno del Poder Legislativo, y lo más adecuado sería que permaneciera.

Así, tenemos un «marco transicional» completo frente al Derecho a la Verdad. La Suprema Corte de Justicia ha perdido sus fronteras en torno a la «facultad de investigación» y, por lo pronto, se queda a la zaga de las expectativas en torno al papel de Corte Constitucional de Garantías, que muchos quisieran ver en ella. El Congreso de la Unión no ha realizado una labor aceptable en su papel de rendición de cuentas horizontal. La Comisión de Derechos Humanos aún no ejerce su «facultad de investigación» y, en tanto, no podemos juzgar esta potestad del Derecho a la Verdad como una situación empíricamente viable.

Un voto particular emitido por un ministro de la Corte, en torno a la «facultad de investigación», puede darnos una idea sobre los elementos que pueden integrarse desde nuestra posición actual: (a) Una violación perpetrada por la autoridad estatal a las garantías individuales de un grupo de individuos; (b) una violación a garantías Individuales, sin atender al número de personas, sino a la manera sistemática en que éstas se llevan a cabo, es decir, mediando la existencia de un plan o intención específica de las autoridades; y (c) una violación a garantías individuales de una persona en particular, a través de una acción concertada de las autoridades estatales encaminada a romper con los principios del federalismo y división de poderes, rectores de todo sistema jurídico constitucional⁶⁹.

El Derecho a la Verdad, establecido por la Organización de Estados Americanos, destaca la necesidad de «adoptar las medidas adecuadas para identificar a las víctimas en las situaciones que no

69. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Criterio sobre la «Facultad de Investigación»*, 2007. Accesible en <http://www.scjn.gob.mx/MEDIOSPUB/Paginas/CasoGuarderiaABC.aspx>

equivalgan a conflicto armado, en especial en los casos de violaciones graves o sistemáticas de los derechos humanos». Y podemos reconocer la importancia del Derecho a Saber con sus dos primeros puntos conclusivos, que textualmente dicen:

1. Reconocer la importancia de respetar y garantizar el derecho a la verdad para contribuir a acabar con la impunidad y promover y proteger los derechos humanos.
2. Acoger con satisfacción la creación en varios Estados de mecanismos judiciales específicos, así como otros mecanismos extrajudiciales o ad-hoc, como las comisiones de la verdad y la reconciliación, que complementan el sistema judicial, para contribuir en la investigación de las violaciones de los derechos humanos y las del derecho internacional humanitario, y valorar la preparación y publicación de los informes y decisiones de esos órganos⁷⁰.

5. CONCLUSIÓN INCIPIENTE: DERECHO A LA VERDAD FRENTE
A CONTEXTOS ACTUALES DE VIOLACIONES GRAVES
A LOS DERECHOS HUMANOS

La propuesta, entonces, constituye un desafío conceptual, metodológico y práctico: la construcción social de comités de la verdad. Esto es, iniciativas de escala ciudadana, forjadas mediante el Derecho a la Información, que culminen en instancias jurídicas y políticas y que busquen medidas de Justicia Transicional.

El primer punto de inflexión en esta propuesta incardina en el artículo 6to de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que se refiere al Derecho a la Información. La perspectiva de este Derecho a la Información se refuerza en la tradición de la libertad de expresión y el Derecho a la Información sobre el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo

70. Organización de Estados Americanos. *El derecho a la verdad*. Asamblea General. AG/RES. 2175 (XXXVI-O/06), aprobada en la segunda sesión plenaria celebrada el 5 de junio de 2013.

23 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En este primer punto de inflexión, se trabaja la relación entre el Derecho a la Información y su derivación como instrumento indispensable para el goce de todo el repertorio de derechos civiles y políticos; pero, especialmente, el Derecho a la Información como garantía de Derecho a la Verdad en torno a violaciones graves a los derechos humanos.

La incardinación del Derecho a la Verdad se establece sobre una evolución normativa del Derecho Internacional, desde la jurisdicción universal en la Resolución del Consejo de Seguridad 808 (1993), del 22 de febrero de 1993, sobre el establecimiento del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, y la Resolución del Consejo de Seguridad 955 (1994), del 8 de noviembre de 1994, sobre el establecimiento del Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Pero también con el apoyo de principios de protección y defensa de los derechos humanos frente a la impunidad y violaciones sistemáticas de los mismos; específicamente, el Principio 11 de los «Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones»⁷¹.

El segundo punto de inflexión se hace sobre el Derecho a la Verdad vinculando las normas internacionales de derechos humanos, el Derecho Humanitario y relacionado con la Justicia Transicional. En este gozne, el Derecho a la Verdad se interpreta como mecanismo de rendición de cuentas en el contexto de guerra, conflicto armado o una conflagración desproporcionada de la violencia entre actores estatales y no estatales. El caso mexicano se refleja en la denominada «Guerra contra el Narcotráfico» y otros eventos de extrema gravedad que cuestionan la constitucionalidad y legalidad de las autoridades vigentes. A la luz del Derecho Internacional (Humanitario o de los

71. Resolución 2005/35 de la Comisión de Derechos Humanos, del 19 de abril de 2005; Resolución del Consejo Económico y Social 2005/35, del 25 de julio de 2005.

Derechos Humanos) podríamos calificarlos como crímenes extraordinarios y sujetarlos a su jurisdicción.

En todo este afluente de cambios estructurales, de transiciones inacabadas y de la evolución de los derechos, lo que más se necesita es la construcción de una conciencia de los derechos humanos, de una crítica severa a los regímenes de Estado que nos gobiernan y de iniciativas paradigmáticas que rompan el esquema nacionalista de la justicia y los postulados de no-intervención de las instituciones internacionales.

Las reformas constitucionales de 2011, relativas a la vigencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pueden consistir el punto de partida para que la ciudadanía y las víctimas de la maldad encausen iniciativas de Información y de Verdad, y conducir las hasta las últimas consecuencias. Si la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, el Poder Legislativo y las instituciones del sector justicia no asumen su papel de garantes, no obstaría para que las personas hagan valer su derecho en las instancias que sean necesarias.

II

LA ACCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL FRENTE AL CONFLICTO ARMADO INTERNO EN COLOMBIA: DIFICULTADES Y RETOS PARA ALCANZAR LA PAZ

Luis Guillermo Pérez Casas

INTRODUCCIÓN

Colombia padece, hace más de medio siglo, un conflicto armado interno que ha producido millones de víctimas. Según las cifras oficiales, que son un subregistro de la barbarie, entre crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y graves violaciones de derechos humanos, se habrían producido: 5.3 millones de personas desplazadas forzosamente, 636 mil homicidios, 132 mil amenazados/as, 76 mil despojados/as, 93 mil desaparecidos/as, 30 mil secuestrados/as, 9.500 prisioneras y prisioneros políticos, 54 mil víctimas de algún acto de terrorismo, 10 mil víctimas directas de minas antipersonas, 6 mil casos de tortura, 6 mil de reclutamiento forzado de niños, niñas y adolescentes, 4 mil casos de violencia sexual.

El conflicto armado interno continúa en medio de la posibilidad de una salida política negociada a la guerra; en este escenario se reabren las discusiones sobre los costos de la paz, los derechos de las víctimas, la justicia transicional y el rol que debería cumplir la CPI. Pareciera que Colombia, por fin, estaría cerca de superar la guerra y los largos años de terror que ha padecido. En la actualidad se adelantan conversaciones en La Habana entre el Gobierno y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia y se espera que pronto se inicien los diálogos con el Ejército de Liberación Nacional.

Sin embargo, no es la primera vez que se intenta terminar por la vía del diálogo los conflictos armados; la mayoría de ellos se ha saldado a través de pactos que han concluido con amnistías o indultos: 63 indultos y 25 amnistías desde 1820 hasta 2011¹.

Podría afirmarse que ha sido la ausencia de una movilización adecuada de la sociedad, en defensa de sus derechos y en construcción de la democracia, lo que ha permitido que los escenarios de la violencia se reproduzcan cíclicamente.

Si bien en todo proceso de terminación de una dictadura o de conflicto armado, a través del diálogo y la negociación, suelen pactarse distintas formas de impunidad a través de lo que ha dado en llamarse justicia transicional, donde se aceptan ciertas formas de verdad, de justicia y de reparación, lo cierto es que no hay modelos óptimos y las víctimas terminan siendo limitadas en sus derechos, cuando no la sociedad en su conjunto, que termina asimilando que, en aras de la paz, los actores de la guerra gocen de distintos privilegios, los cuales serán más o menos amplios según la correlación de fuerzas lo determine².

Que los actores armados pretendan la impunidad total frente a sus crímenes y quieran imponerla en una mesa de negociación es comprensible, porque es muy difícil que quien no ha sido vencido en combate ni sometido por el adversario, acepte como culminación del proceso irse a prisión. Lo que resulta cuestionable es que la sociedad o las comunidades que han sido afectadas en la vulneración de sus derechos más fundamentales, terminen aceptando que, en aras de rendir el poder de las armas, sus verdugos escapen a la justicia, no tengan que redimir sus crímenes, ni pedir perdón, ni reparar a las víctimas

Si bien es cierto que en Colombia todos los actores armados han cometido crímenes de carácter internacional, a la hora de establecer

1. AGUILERA, Mario, «Amnistías e Indultos Siglos XIX y XX», en *Revista Arcanos*, noviembre de 2011, p. 14.

2. Esto sucedió en los procesos de paz o fin de las dictaduras de Chile, 11 de marzo de 1990; Sudáfrica, 90-94; El Salvador, 16 de enero de 1992 en Chapultepec, México; Guatemala, 29 de diciembre de 1996; Timor Oriental, 20 de mayo de 2002, y Angola, 94-2002.

las responsabilidades históricas, con las consecuentes cargas de responsabilidad política y penal, no se puede admitir tratamientos simétricos. Frente a estos crímenes, la verdad debe ser la memoria histórica que permita edificar un *ethos* de la convivencia social que no se resigna al olvido, ni al silencio, ni a la impunidad.

El Estado que se pretende legítimo con un orden constitucional y legal que tiene como presupuesto de la convivencia pacífica el respeto de los derechos humanos y el deber de garante a través de sus autoridades, en particular con el poder depositado en la fuerza pública, no puede pretender ser tratado frente a los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y graves violaciones de derechos humanos, que constituyen prácticas de terrorismo estatal, como se trataría a cualquier actor armado de carácter irregular. Sin embargo, este Estado, que no reconoce la dimensión de los crímenes que él mismo ha provocado o promovido, hoy quiere únicamente la desmovilización de las guerrillas, mientras promueve la impunidad para sus propios agentes.

Pretender desarrollar fórmulas jurídicas para la desmovilización de las guerrillas, sin contemplar la desmovilización o depuración del establecimiento criminal incrustado en la economía, en la política y en el Estado, no es una apuesta para la paz, sino para la perpetración del statu quo y la violencia estructural. Por tanto, la paz con garantías pasa porque todos los responsables de crímenes internacionales contra la población colombiana se sometan a un proceso de justicia transicional.

1. EL MARCO JURÍDICO PARA LA PAZ

El acto legislativo que aprobó el Congreso como «Marco Jurídico para la Paz», acto legislativo 01 de 2012, so pretexto de una negociación con las guerrillas para garantizar su reinserción a la vida civil, en principio no era necesario, porque la Constitución Política, en su art. 150, numeral 17, otorga la facultad al Congreso de dictar amnistías e indultos generales por delitos políticos, y el art. 201 faculta al Presidente a conceder indultos por delitos políticos

conforme a la ley. En estas facultades constitucionales no se concede la potestad de favorecer a quienes hayan cometido delitos comunes sino, exclusivamente, delitos políticos que tanto en la historia del conflicto armado, como en la doctrina y la jurisprudencia, solo se reconoce a los grupos guerrilleros. Por tanto, dicho Marco fue aprobado en verdad para asegurar la impunidad de los crímenes perpetrados por guerrilleros, agentes estatales y paramilitares. Reconocerlo, como una fórmula de justicia transicional para todos los actores armados, hubiese sido más claro para desestructurar la violencia estatal y paraestatal.

Si esta es la intención, la población colombiana y las víctimas en particular, tenemos el derecho de exigir que no solo se desmovilicen las guerrillas, sino y sobre todo, el establecimiento criminal, compuesto por empresarios, políticos, militares y paramilitares que han sido el factor principal de violencia sociopolítica en Colombia.

El Marco Jurídico para la Paz contempla en su Artículo 1°. La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio que será el 66, así: Artículo Transitorio 66. Los instrumentos de justicia transicional serán excepcionales y tendrán como finalidad prevalente facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos; y garantizarán en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Una ley estatutaria podrá autorizar que, en el marco de un acuerdo de paz, se dé un tratamiento diferenciado para los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno y también para los agentes del Estado, en relación con su participación en el mismo. Mediante una ley estatutaria se establecerán instrumentos de justicia transicional de carácter judicial o extrajudicial que permitan garantizar los deberes estatales de investigación y sanción. En cualquier caso se aplicarán mecanismos de carácter extrajudicial para el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas.

Si el propósito ha sido el de extender las posibilidades de aplicación de justicia transicional a actores guerrilleros, estatales y paramilitares, debe discutirse sobre el «tratamiento diferenciado» a los distintos actores armados, según sus grados de responsabilidad de la violencia padecida, de manera que se desarticulen los principales factores de la violencia estructural propiciada por el Estado.

De los casos documentados de violencia sociopolítica en Colombia, la mayor responsabilidad es del Estado, porque a menudo ha actuado como un estado infractor y terrorista. Las cifras de responsabilidad criminal frente al conflicto armado interno comprometen en primer lugar a las fuerzas armadas y a los grupos paramilitares que las primeras han promovido como estrategia de «guerra sucia». El paramilitarismo es un producto espurio del establecimiento y del Estado que ha minado su legitimidad, convirtiéndose en uno de los principales factores de reproducción de la violencia política y social en Colombia³. La impunidad con que se sigue cubriendo a los determinadores de cientos de miles de crímenes de lesa humanidad, no puede resolverse en una mesa de negociación con las guerrillas con un «borrón y cuenta nueva». Para que la paz tenga perspectiva y estabilidad, se requiere desmontar al tiempo las prácticas del terrorismo estatal y paramilitar, como depurar profundamente al Estado de agentes involucrados, por acción u omisión, en crímenes internacionales.

El «tratamiento diferenciado» impone reconocer la distancia que existe entre el delito político y el delito común. Los delitos comunes, a diferencia de los políticos, no se dirigen contra el Estado, no pretenden subvertir el orden político, ni tienen fines altruistas sino —como lo reconoció la Corte Suprema de Justicia en una de sus jurisprudencias sobre los crímenes cometidos por el paramilitarismo— que su finalidad, a través de la delincuencia organizada y mediante «la violencia narcoterrorista, es la de colocar en situación

3. Ver las declaraciones de «El Alemán», de «Pedro Bonito», de «Don Berna», Salvatore Mancuso y otros jefes paramilitares recogidas en <http://www.verdadabierta.com/component/content/article/36-jefes/4228-posible-paz-con-guerrillas-alborota-las-denuncias-de-los-paras/>

de indefensión a la sociedad civil, bajo la amenaza de padecer males irreparables, si se opone a sus proditorios designios»⁴. El tratamiento punitivo es diferente porque los delitos comunes no pueden ser objeto de amnistía ni indulto y, en consecuencia, el «perdón de la pena, así sea parcial, por parte de autoridades distintas al Congreso o al Gobierno, autorizado por la ley, implica un indulto disfrazado»⁵. Por su parte, el delito político «tiene ocurrencia cuando se atenta contra el régimen constitucional y legal vigente en búsqueda de un nuevo orden, resultando un imposible jurídico predicar de tales conductas su adecuación al delito de concierto para delinquir»⁶.

Las guerrillas en Colombia son también el resultado de las decisiones criminales y excluyentes del establecimiento; surgieron y se desarrollaron con un discurso revolucionario que, en nombre de las causas populares de reivindicación de democracia y de justicia social, convocaron y siguen reclutando sin dificultad a miles de jóvenes que no encuentran otras oportunidades para enfrentar su futuro. Las guerrillas, en la medida que crecieron y consolidaron un poder territorial, militar y social, acompañaron los crímenes políticos con infracciones graves del derecho internacional humanitario (DIH), algunas de las cuales, por su generalidad y sistematicidad, podrían ser consideradas crímenes de lesa humanidad, según el Estatuto de Roma.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la evolución del derecho penal internacional no permiten hoy amnistías ni indultos frente a crímenes de lesa humanidad, genocidio y graves infracciones al DIH. Si bien en el Protocolo II de los Convenios de Ginebra, aplicable a conflictos como el nuestro, se establece la recomendación de que al finalizar el conflicto armado interno se debe

4. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M.P. Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca. Aprobada acta 117, Bogotá, 11 de julio de 2007, segunda instancia 26945 contra Orlando César Caballero Montaña, título V.1.1 punto 4.

5. *Ibíd.*

6. *Ibíd.*, título V.1.1 punto 5.

procurar «la amnistía más amplia posible»⁷, dicha posibilidad está mediada por garantizar a la humanidad, y a la sociedad concernida en particular, que los graves crímenes que ha padecido no se van a volver a cometer. Por ello se ha excluido en la evolución del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho penal internacional la adopción de medidas que permitan la impunidad de los responsables de crímenes contra la humanidad y/o crímenes de guerra.

Debemos, por otra parte, indicar con toda claridad que todo ser humano tiene derechos y obligaciones frente al Estado y para con la sociedad; pero quienes ejercen cualquier función pública son responsables tanto por acción como por omisión en el cumplimiento de sus responsabilidades, máxime si se trata de quienes utilizan las armas en defensa de un orden constitucional y legal. Una sociedad no puede permitirse que se rebaje la responsabilidad del Estado al nivel de cualquier organización armada irregular. Una sociedad que acepta esto, o bien es una sociedad con gran debilidad política y poca conciencia de sus derechos, o es una sociedad moralmente enferma, o bien es una sociedad sometida por el terror.

El Estado y las máximas autoridades civiles y militares que faltan a su deber de garante, no solamente comprometen la responsabilidad internacional del Estado en materia de derechos humanos, sino también comprometen su responsabilidad penal cuando han promovido, tolerado o aceptado que, en aras de «combatir al enemigo armado interno», se perpetren crímenes de carácter internacional, o incluso cuando tienen el deber de prevenir y sancionar dichos crímenes, terminan promoviendo políticas o leyes que empoderan más a los verdugos.

Dicho lo anterior, debemos preguntarnos: ¿qué tanta verdad y qué tanta justicia podrían sacrificarse en aras de la paz? Aceptando

7. Art. 6, No. 5. «A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado».

en rigor democrático y de conciencia civil que no son equiparables los crímenes de Estado a los crímenes que han cometido las guerrillas, el primer deber de la sociedad es exigir la verdad plena frente a los crímenes que ha promovido el establecimiento, que frente a la opinión pública no solo ha sabido esconder la magnitud de sus crímenes, sino que incluso, en la mejor dosis de cinismo del poder, reclama mano dura y sanción ejemplar frente a los crímenes que han cometido las guerrillas. Develar las características y forma de actuar del establecimiento que ha utilizado el Estado en su propio beneficio, que ha sembrado la guerra y la miseria en muchas regiones de Colombia, es un imperativo para cualquier proceso sólido de paz.

1.1. La valoración preliminar de la CPI

sobre los crímenes cometidos por grupos guerrilleros, paramilitares y agentes estatales

La Fiscalía de la CPI ha recibido 146 comunicaciones en el marco del artículo 15 del Estatuto de Roma. Colombia se encuentra bajo examen preliminar desde junio de 2004. La OTP de la CPI reconoce, en su examen preliminar presentado en noviembre de 2012⁸, que todos los actores armados —desde que es competente la CPI para conocer crímenes de lesa humanidad y genocidio (1 de noviembre de 2002) y crímenes de guerra (1 de noviembre de 2009)— son responsables de cometer crímenes que, eventualmente, serían de su competencia sino se administra justicia en Colombia frente a los principales determinadores de los mismos.

Sobre los crímenes cometidos por grupos guerrilleros y paramilitares sostiene:

5. Sobre la base de la información disponible, y sin perjuicio de otros posibles crímenes de competencia de la Corte que

8. <http://coeuropa.org.co/files/CPI%20Informe%20Intermedio%20Publico%20RESUMEN%20Fiscalia%20sobre%20COLOMBIA%20Nov12%20Esp.pdf>

puedan determinarse en el futuro, la Fiscalía ha determinado que existen motivos razonables para creer que desde el 1 de noviembre de 2002 hasta la fecha, como mínimo, los siguientes actos, que constituyen crímenes de lesa humanidad, se han cometido por actores no estatales, a saber las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia («FARC»), el Ejército de Liberación Nacional («ELN») y grupos paramilitares: asesinato, en virtud del artículo 7(1)(a) del Estatuto; traslado forzoso de población, en virtud del artículo 7(1)(d) del Estatuto; encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales del derecho internacional, en virtud del artículo 7(1)(e) del Estatuto; tortura, en virtud del artículo 7(1)(f) del Estatuto; y violación y otras formas de violencia sexual, en virtud del artículo 7(1)(g) del Estatuto. Parece que se reúnen los elementos prescritos para cada grupo tomado por separado.

6. Asimismo, existe una base razonable para creer que desde el 1 de noviembre de 2009 hasta la fecha, como mínimo, los siguientes actos, que constituyen crímenes de guerra, se han cometido por las FARC y el ELN: homicidio, en virtud del artículo 8 (2)(c)(i); ataques dirigidos contra la población civil, en virtud del artículo 8(2)(e)(i); tortura y tratos crueles, en virtud del artículo 8(2)(c)(i); ultrajes contra la dignidad personal, en virtud del artículo 8(2)(c)(ii); toma de rehenes, en virtud del artículo 8(2)(c)(iii); violación y otras formas de violencia sexual, en virtud del artículo 8(2)(e)(vi); reclutamiento, alistamiento y utilización de niños para participar activamente en hostilidades, en virtud del artículo 8(2)(e)(vii).

El Estado colombiano ha respondido a la Fiscalía de la CPI que, en relación con los crímenes cometidos por las guerrillas, ha habido una acción diligente por parte de la justicia, de tal manera que:

12. La información disponible indica que las autoridades nacionales han llevado a cabo acciones judiciales pertinentes

contra los que parecen ser los máximos responsables de los crímenes más graves entre los miembros de las FARC y el ELN. Según la información disponible, numerosos miembros de las FARC y el ELN, incluidos líderes superiores, han sido objeto de acciones judiciales en el marco del sistema de justicia penal ordinaria de Colombia. Hasta ahora, 218 miembros de las FARC y 28 miembros del ELN han sido condenados por conductas que constituyen crímenes de competencia de la Corte, incluidos homicidios, desplazamientos forzados, toma de rehenes, torturas y reclutamiento de niños. Varios líderes superiores, incluidos el comandante en jefe y su segundo de las FARC y el ELN han sido condenados *in absentia*. La información disponible indica que ocho antiguos miembros del Secretariado de las FARC, su más alto órgano de mando, y cuatro miembros actuales del Comando Central del ELN han sido condenados *in absentia*. Siempre que se haga una adecuada ejecución de sentencias dictadas contra los condenados *in absentia*, la Fiscalía no tiene, por ahora, ningún motivo para poner en duda la autenticidad de estas acciones.

Por otro lado, en este informe de examen preliminar, la Fiscalía de la CPI, frente a los crímenes promovidos por el Estado o por agentes estatales, reconoce que:

8. Presuntamente, actores estatales, en particular miembros de las fuerzas armadas, han dado muerte intencionalmente a miles de civiles con el fin de potenciar su tasa de éxito en el contexto del conflicto armado interno y obtener beneficios monetarios procedentes de fondos del Estado. Una vez alterada la escena del crimen, se reportó que los civiles ejecutados eran guerrilleros muertos en combate. Se cree que estos asesinatos, también llamados «falsos positivos», se remontan a la década de los ochenta y que ocurrieron con mayor frecuencia del 2004 al 2008. De la información

disponible se desprende que estos asesinatos fueron obra de miembros de las fuerzas armadas que a veces operaban conjuntamente con paramilitares y civiles en el marco de un ataque dirigido contra la población civil en diferentes partes de Colombia. Los asesinatos estuvieron a veces precedidos por detenciones arbitrarias, torturas y otras formas de malos tratos.

9. Existe fundamento suficiente para creer que los actos descritos se cometieron conforme a una política adoptada al menos a nivel de ciertas brigadas de las fuerzas armadas que constituye una política del Estado o de una organización para cometer esos crímenes. Las Salas de la Corte han señalado que lo que se entiende por política del Estado no tiene por qué haber sido concebida en las esferas más altas del aparato estatal, sino que puede haber sido adoptada por instancias estatales regionales o locales. Así, una política adoptada a nivel regional o local puede cumplir los requisitos relacionados con la existencia de una política del Estado. No obstante, la Fiscalía sigue analizando información para esclarecer si esa política se podría haber formado a niveles más altos del aparato del Estado. En consecuencia, sobre la base de la información disponible y sin perjuicio de la existencia de otros posibles crímenes de competencia de la Corte que puedan determinarse en el futuro, la Fiscalía ha determinado que existe un fundamento suficiente para creer que desde el 1 de noviembre de 2002, como mínimo los siguientes actos que constituyen crímenes de lesa humanidad han sido cometidos por órganos del Estado: asesinato, en virtud del artículo 7(1)(a) del Estatuto, y desaparición forzada, en virtud del artículo 7(1)(i) del Estatuto de Roma. La Fiscalía seguirá analizando si existe fundamento suficiente para creer que en los casos de «falsos positivos», se cometió tortura de forma sistemática o generalizada como parte de una política de una organización.
10. Existe fundamento suficiente para creer que desde el 1 de noviembre de 2009 hasta la fecha miembros de las fuerzas

armadas han cometido, como mínimo, los siguientes actos, que constituyen crímenes de guerra: homicidio, en virtud del artículo 8(2)(c)(i); ataques dirigidos contra civiles, en virtud del artículo 8(2)(e)(i); tortura y tratos crueles, en virtud del artículo 8(2)(c)(i); ultrajes contra la dignidad personal, en virtud del artículo 8(2)(c)(ii); y violación y otras formas de violencia sexual, en virtud del artículo 8(2)(e)(vi).

Para comprender la dimensión de la barbarie en Colombia, hay que recordar que, en la última década, la administración del presidente Álvaro Uribe Vélez, desde el alto gobierno y las Fuerzas Militares, promovió las prácticas de las ejecuciones extrajudiciales, mal llamadas «falsos positivos», a tal punto que la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia estimó en 2012 que «la Fiscalía General ha acumulado denuncias, entre ellas las relativas a 4.716 víctimas de homicidios presuntamente cometidos por miembros de las fuerzas de seguridad, muchos de los cuales corresponden al tipo de ejecuciones conocidas como falsos positivos»⁹.

Como «falso positivo» se conoce la práctica de asesinar civiles inermes de extracción popular, a quienes los militares ofrecían un trabajo, los secuestraban, desaparecían, los hacían vestir prendas de las Fuerzas Armadas y luego los masacraban para presentarlos como guerrilleros dados de baja en combate. Bajo esta modalidad, más de cinco mil personas fueron ejecutadas durante el gobierno de Uribe Vélez.

Por último, la Fiscalía de la CPI advierte su voluntad de dar seguimiento a la aplicación del acto legislativo 01 de 2012, llamado Marco Jurídico para la Paz, y las leyes estatutarias que le dan desarrollo:

9. Movimiento de Víctimas y Movimiento de Derechos Humanos de Colombia, *Propuestas mínimas sobre verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición*, Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado, Colombia, 6 de marzo de 2013, pp. 5 y 6.

20. El 19 de junio de 2012, el Senado colombiano aprobó el Marco Legal para la Paz, proyecto de ley que establece una estrategia de justicia transicional que incluye el establecimiento de prioridades y la selección en relación con los casos contra los máximos responsables de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

La ley también autoriza el abandono condicionado de todos los demás casos que no han sido seleccionados y la suspensión de determinadas sentencias. La Fiscalía toma nota de la reciente publicación de la Directiva 0001 de 2012 de la Fiscalía General de la Nación, sobre el establecimiento de prioridades en relación con los casos. La Fiscalía continúa siguiendo de cerca la aplicación de estas medidas.

21. La Fiscalía continuará intercambiando comunicaciones con el Gobierno de Colombia acerca de las cuestiones identificadas anteriormente y seguirá de cerca la promulgación de leyes estatutarias relacionadas con el Marco Legal para la Paz y su aplicación. Asimismo, la Fiscalía también solicitará información adicional sobre la reforma del marco legislativo correspondiente a la competencia de los tribunales militares.

La OTP de la CPI, si decidiera abrir una investigación sobre Colombia, tiene la obligación de aplicar lo contemplado en el Estatuto de Roma sobre crímenes de su competencia:

«Artículo 17

Cuestiones de admisibilidad

1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:
 - a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;
 - b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido

- no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;
- c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20;
 - d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.
2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:
- a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5;
 - b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;
 - c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.
3. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y

los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.

Artículo 20

Cosa juzgada

1. Salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte.
2. Nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto.
3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal:
 - a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o
 - b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia».

2. LA CPI, ¿ENEMIGA DEL PROCESO DE PAZ EN COLOMBIA?

La OTP de la CPI advierte su voluntad de dar seguimiento a la aplicación del acto legislativo 01 de 2012, llamado Marco Jurídico para la Paz, y las leyes estatutarias que le dan desarrollo. De igual forma, si bien no se menciona en el Estatuto de Roma de manera explícita las amnistías o indultos de manera a habilitar su competencia, se entiende que cualquier acción u omisión por parte del Estado que propicie la impunidad de determinadores de crímenes

contemplados en este Estatuto, puede ser perseguida por la CPI, con algunas posibles excepciones:

El Estatuto de Roma faculta, en el art. 16, al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas —conforme a las obligaciones que le confiere el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas para garantizar la paz—, a suspender por un año la acción de la CPI, en periodos que pueden renovarse, si a través de esta medida se contribuye a la consolidación de la paz en cualquier región o país del mundo. Esta previsión podría invocarse en caso de que la Fiscalía de la CPI decidiera abrir una investigación penal y se adelantara un genuino proceso de paz que involucrara a los principales responsables de la violencia.

También el Estatuto de Roma faculta al Fiscal de la CPI a abstenerse de abrir una investigación, art. 53, parágrafo 1° literal c), si hay «razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia». Se ha discutido si dicha posibilidad podría extenderse para favorecer un proceso de paz¹⁰.

10. Kai Ambos (*Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (L. 975/05) y Derecho Penal Internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de «justicia y paz» en Colombia*, Bogotá, 2010), en el sentido de que dentro de esos intereses de la justicia está, precisamente, la paz. Michael Otim y Marieke Wierdaem, en «Uganda: Pursuing peace and justice in the shadow of the ICC», como aporte al libro *Contested transitions. Dilemmas of transitional justice in Colombia and comparative experience*, publicado por International Center for Transitional Justice, expresan que la Oficina del Fiscal de la CPI, mediante una circular interna, señaló que la expresión «en interés de la justicia» no podía compararse con los intereses de la paz y que, solamente de manera excepcional, podía aplicarse el artículo 53. GOLDSTONE, Richard J. y FRITZ, Nicole (2000), «In the interests of justice' and independent referral: The ICC prosecutor's unprecedented powers», *Leiden Journal of International Law*, N° 13, pp. 355 y ss. Ellos entienden que amnistías que están de acuerdo con ciertos parámetros pueden ser consistentes con la justicia, lo cual parece en cualquier caso quedar excluido para los crímenes de competencia de la Corte. De manera similar razona STAHN, Carsten (2005), «Complementarity, Amnesties and alternative forms of justice: some interpretative guidelines for the International Criminal Court», *Journal of International Criminal Justice*, N° 3, pp. 695, 719: «The

Esta disposición se acompaña de otras posibilidades del Estatuto de Roma; creemos que deja abierta las puertas a una interpretación para favorecer procesos de justicia transicional, como el artículo 30 del Estatuto de Roma que, en su parte inicial, dispone: «Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte...». Asimismo, el inciso tercero del artículo 31, que establece las circunstancias eximentes de responsabilidad penal, también permitiría que la CPI, en un momento determinado, analice otras causales distintas de exclusión en términos de responsabilidad. Dicho inciso dispone: «En el juicio, la Corte podrá tener en cuenta una circunstancia eximente de responsabilidad penal distinta de las indicadas en el párrafo 1º, siempre que dicha circunstancia se desprenda del derecho aplicable de conformidad con el artículo 21»; es decir, compatible con los derechos humanos y los estándares internacionalmente reconocidos.

La Fiscal de la CPI, Fatou Bensouda, con ocasión del debate sobre la exequibilidad o no del Marco Jurídico para la Paz, en agosto de 2013, se dirigió al Presidente de la Corte Constitucional en dos oportunidades, en los siguientes términos:

«Como es de su conocimiento, el mandato de la Corte Penal Internacional (CPI) difiere de manera significativa de los sistemas judiciales internos. La jurisdicción de la CPI se limita a los críme-

Statute leaves some room to recognize amnesties and pardons, where they are conditional and accompanied by alternative forms of justice which may lead to prosecution». Webb (2005) 338 y ss.; SCHARF, Michael (1999), «The amnesty exception to the jurisdiction of the International Criminal Court», *Cornell International Law Journal*, N° 32, pp. 509, 524. Valiña requiere que haya «a certain process of accountability», no completa impunidad. VALIÑA, Marta (2010). «Interpreting complementarity and Interests of justice in the presence of restorative-based alternative forms of justice», en STAHN, Carsten y VAN DEN HERIK, Larissa: *Future perspectives of international criminal justice*, La Haya, T.M.C. Asser Press, pp. 167, 269, refuerza la idea de casos muy excepcionales, equiparables a un estado de necesidad, en p. 277. Señala criterios específicos a considerar en p. 287; BRUBACHER, Matthew (2004), «Prosecutorial discretion within the International Criminal Court», *Journal of International Criminal Justice*, N° 2, pp. 71, 81.

nes más graves que conciernen a la comunidad internacional. No obstante, más allá de los parámetros jurisdiccionales fundamentales establecidos en los artículos 5 al 11 del Estatuto de Roma («El Estatuto») y los requerimientos de «gravedad suficiente» contenidos en el artículo 17(1)(d), el Estatuto no impone limitaciones con fundamento en el nivel de responsabilidad de los autores. A la luz del carácter global de la CPI, sus disposiciones estatutarias y los apremios logísticos, mi despacho adopta una política de investigar y procesar a aquellos que tengan la mayor responsabilidad con relación a los crímenes más graves, basándose en la evidencia que surge durante el curso de la investigación. Así, como asunto de discreción procesal, el despacho seleccionará procesar a quienes están en los más altos niveles de responsabilidad, inclusive aquellos que ordenaron, financiaron, o de otra manera organizaron los crímenes alegados.

»Con igual importancia, la estrategia procesal de mi despacho procede a manifestar que si la oficina no investiga a un autor en particular, no significa que exista impunidad. Consecuente con la complementariedad positiva, el despacho apoya las investigaciones internas de crímenes alegados que no reúnen el criterio para los procesos de la CPI. Como se explicó en documentos anteriores de la política de la oficina, la estrategia de enfocarse en aquellos que tengan la mayor responsabilidad en la realización de crímenes puede generar una «brecha de impunidad», a menos que las autoridades internas, la comunidad internacional y la Corte trabajen de manera conjunta para garantizar que se usen todos los medios apropiados para aplicar la justicia a otros perpetradores. En otras palabras, la oficina funciona con un enfoque de dos fases o niveles para combatir la impunidad. Por un lado, iniciará los procesos de los jefes que tengan la mayor responsabilidad por los crímenes. Por otro lado, incentivará que se adelanten procesos a nivel interno, siempre que sea posible, para transgresores de menor responsabilidad, o trabajará con la comunidad internacional para garantizar que los responsables se lleven ante la justicia por otros medios.

»A la luz de lo anterior, deseo de la manera más respetuosa enfatizar que la estrategia procesal de mi despacho no debe considerarse

como una autoridad, precedente o directriz para interpretar los parámetros de las obligaciones jurisdiccionales internas con relación a la investigación o procesamiento de crímenes internacionales. Con fundamento en el Estatuto, la CPI continúa teniendo jurisdicción sobre los autores que han cometido crímenes establecidos por la CPI en los territorios de los estados parte tales como Colombia, aun cuando, como asunto de política, no sean seleccionados para procesar bajo los términos de la estrategia procesal de mi despacho. A este respecto, el Estatuto recuerda que «es obligación de cada estado ejercer su jurisdicción penal sobre aquellos responsables de crímenes internacionales», mientras afirma que dichos crímenes «no deben quedar sin castigo y que se debe garantizar su eficaz enjuiciamiento tomando las medidas a nivel interno y por medio del incremento de la cooperación internacional».

En otra comunicación dirigida también a la Corte Constitucional, la Fiscal es mucho más precisa en relación con el alcance de las posibles ofertas de justicia transicional a los comandantes de las FARC como resultado de las negociaciones por la paz, recordando los intercambios previos con el Gobierno en aras de impulsar la superación de la impunidad frente a graves crímenes y plena aplicación del principio de complementariedad:

...llegué a la conclusión de que una condena que sea grosera o manifiestamente inadecuada, teniendo en cuenta la gravedad de los delitos y la forma de participación del acusado, invalidaría la autenticidad del proceso judicial nacional, aunque las etapas previas del proceso hayan sido auténticas. Debido a que la suspensión de la pena de prisión significa que el acusado no pasa tiempo recluido, quisiera decirle que se trata de una decisión manifiestamente inadecuada para aquellos individuos que supuestamente albergan la mayor responsabilidad en la comisión de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad... Como Fiscal de la CPI celebraré una solución del conflicto armado, ya que este pondría fin a una situación que ha llevado a la comisión continua de crímenes que serían competencia de esta Corte.

Estos pronunciamientos no fueron de buen recibo ni para el gobierno ni para las FARC, y han sido objeto de cuestionamientos de distinto orden por considerarlos un obstáculo a las negociaciones. Tuvo también su impacto en la sentencia de exequibilidad sobre el Marco Jurídico para la Paz que aprobó la Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013, en los siguientes términos:

...Tal como se señala en la Constitución, sin perjuicio del deber de investigar y sancionar todas las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, la ley estatutaria podrá determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, objetivo dentro del cual, para la selección de los casos, se tendrán en cuenta tanto la gravedad como la representatividad de los mismos.

Dada su gravedad y representatividad, deberá priorizarse la investigación y sanción de los siguientes delitos: ejecuciones extrajudiciales, tortura, desapariciones forzadas, violencia sexual contra la mujer en el conflicto armado, desplazamiento forzado y reclutamiento ilegal de menores, cuando sean calificados como delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática.

El articulado de la Ley Estatutaria deberá ser respetuoso de los compromisos internacionales contemplados en los tratados que hacen parte del bloque de constitucionalidad, en cuanto a la obligación de investigar, juzgar y en su caso sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario.

Dentro del diseño integral de los instrumentos de justicia transicional derivados del marco jurídico para la paz, la Ley Estatutaria deberá determinar los criterios de selección y priorización, sin perjuicio de la competencia que la propia Constitución atribuye a la Fiscalía para fijar, en desarrollo de la política criminal del Estado, los criterios de priorización.

Para que procedan los criterios de selección y priorización, el grupo armado deberá contribuir de manera real y efectiva al esclarecimiento de la verdad, la reparación de las víctimas, la liberación de los secuestrados y la desvinculación de todos los menores de edad.

El mecanismo de suspensión total de ejecución de la pena, no puede operar para los condenados como máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática.

En conclusión, la Corte Constitucional avala que haya criterios de selección y priorización frente a los principales responsables de los crímenes más graves, pero sin renunciar a la investigación de todos los crímenes; y frente a la ley estatutaria que desarrolle el Marco Jurídico para la Paz, debería haber sanción penal efectiva frente a los comandantes de las guerrillas que hagan dejación de las armas.

El Marco Jurídico para la Paz ha sido cuestionado por las guerrillas, por cuanto se trata de una medida unilateral del gobierno respaldada por el Congreso, ajena por tanto a la dinámica de la negociación que dejaría sin posibilidad real a los comandantes de las guerrillas de cambiar la acción política armada por una participación directa en el debate electoral y la construcción de democracia. Con esta disposición, la interpretación de la Fiscal Bensouda de la CPI y la sentencia de la Corte Constitucional, los comandantes insurgentes, al negociar la paz, tendrían que aceptar ir a prisión, lo que no están dispuestos a hacer porque, como lo han manifestado, no se están sometiendo al Estado, sino negociando una salida política al conflicto armado.

3. UN TRIBUNAL ESPECIAL DE JUSTICIA PARA LA PAZ

Un voto concurrente del juez Diego García-Sayán —al cual se adhirieron cuatro jueces—, en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, proferida en el caso *Masacres del*

Mozote y Lugares Aledaños contra El Salvador de 25 de octubre de 2012, estableció frente a las posibilidades de la justicia transicional:

30. Dentro de ello, resulta necesario diseñar formas a través de las cuales deben ser tratadas las personas sindicadas de haber cometido graves crímenes como los mencionados, en el entendido de que un proceso de paz negociada procura que los actores armados opten por la paz y se sometan a la justicia. Así, por ejemplo, en el difícil ejercicio de ponderación y la compleja búsqueda de estos equilibrios podrían diseñarse y encontrarse rutas para penas alternativas o suspendidas pero, sin perder de vista que ello puede variar de manera sustancial de acuerdo tanto al grado de responsabilidad en graves crímenes como al grado de reconocimiento las propias responsabilidades y aporte de información de lo ocurrido. De allí se pueden derivar diferencias importantes entre los «ejecutores» y quienes desempeñaron funciones de alto mando y dirección.
31. Es relevante considerar las responsabilidades compartidas que los actores de un conflicto armado tienen en graves crímenes. El reconocimiento de responsabilidades por parte de los máximos líderes puede contribuir a promover un proceso de esclarecimiento tanto de los hechos como de las estructuras que hicieron posible esas violaciones. La reducción de penas, la concesión de penas alternativas, la reparación directa del perpetrador a la víctima, el reconocimiento público de responsabilidad, son otras vías que se pueden considerar.

Este voto concurrente de jueces de la Corte Interamericana, que en la misma decisión y en decisiones precedentes se ha pronunciado en contra de amnistías e indultos frente a graves violaciones de derechos humanos¹¹, abre las perspectivas para reconocer

11. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Barrios Altos v. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001.

una justicia transicional para todos los responsables de crímenes internacionales causados por las múltiples violencias (estatal, paraestatal, insurgente).

Pretender solo la desmovilización de las guerrillas con fórmulas jurídicas, aparentemente generosas, no constituye garantía de que no serían sujeto de persecución penal en el futuro; podrían llegar a ser tratadas con el mismo incumplimiento con que se trató a los jefes paramilitares extraditados a los Estados Unidos, y estos se consideraban amigos del propio establecimiento que los promovió. Los miembros del establecimiento que reclaman sanción penal para los líderes guerrilleros deberían, en consecuencia, estar dispuestos a someterse a la justicia e ir a la cárcel. Por tanto, insistimos en que el país debe exigir el sometimiento a la justicia de todos los responsables de haber cometido crímenes de carácter internacional, como garantía de paz y de no repetición de los crímenes.

La obligación del Estado de proveer garantías de no repetición por graves violaciones de derechos humanos y crímenes bajo el derecho internacional está directamente vinculada con la obligación de adecuar su aparato estatal, su legislación y sus prácticas para garantizar el pleno y efectivo goce de los derechos humanos y el cumplimiento de sus obligaciones internacionales¹². La subordinación de las fuerzas militares al poder civil es una de las condiciones *sine qua non* para la vigencia de los derechos humanos y del Estado de derecho¹³.

12. Ver entre otros: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.2); Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 2); Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988; *Caso Godínez Cruz v. Honduras*. Sentencia de 20 de enero de 1989; y *Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990; Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *Observación General N° 2*.

13. Ver entre otros: Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, Resolución AG/Res. 1044 (XX-0/90) de 1990; y Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Resolución No. 2000/47 de 25 de abril de 2000.

Se debe depurar la Fuerza Pública, sin perjuicio de las correspondientes acciones penales y disciplinarias de aquellos servidores públicos involucrados —por acción u omisión— en graves violaciones de derechos humanos, crímenes de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra y en grupos y/o actividades paramilitares; o que promovieron la impunidad de estos crímenes y/o de los grupos y/o actividades paramilitares.

El Estado debe derogar la doctrina de seguridad del Estado, normas, manuales, reglamentos y demás instructivos militares y de cuerpos de seguridad e inteligencia que han facilitado la «guerra sucia» en contra del movimiento popular, de los sindicalistas, de los indígenas, de la oposición política y defensores de derechos humanos.

El Estado debe depurar los registros y archivos de inteligencia (incluidos los de contrainteligencia) de las Fuerzas Militares, cuerpos de seguridad y demás entidades oficiales en los que reposa información sobre defensores de derechos humanos, sindicalistas, miembros de partidos y movimientos políticos de oposición, y miembros de organizaciones sociales, entre otros. A tales efectos, y de conformidad con las recomendaciones hechas en el pasado por órganos de protección internacional de los derechos humanos, se deberá establecer una Comisión de Depuración de los archivos de Inteligencia del Estado.

La reforma constitucional, aprobada mediante el acto legislativo 2 de 2012 a la justicia penal militar, y presionada por los artífices de la guerra sucia como «compensación» por tolerar los diálogos por la paz, constituye un grave retroceso para garantizar la seguridad pública, la gobernabilidad democrática, prevenir nuevos crímenes de lesa humanidad, y constituye un riesgo frente al mismo proceso de paz. Aunque por vicios de forma dicha reforma se cayó, en el examen de exequibilidad de la Corte Constitucional, el gobierno ha manifestado su interés en volverla a presentar a consideración del Congreso. El fuero penal militar no es justicia transicional, sino un mecanismo de impunidad, y no otorgará seguridad jurídica a los responsables de crímenes de Estado, que es lo que pretenden quienes han cometido estas conductas. Sin duda, hay que buscar

fórmulas de verdad, justicia, reparación y no repetición frente a los crímenes de Estado, y contra ello atenta la ampliación del alcance del Fuero Penal Militar y la negación de los crímenes.

En relación con el tratamiento jurídico que deben recibir los diferentes actores armados para garantizar los derechos de la sociedad a la paz, y de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación integral, proponemos la creación de un Tribunal Especial de Justicia para la Paz con las siguientes características:

1. Se creará un Tribunal Especial de Justicia para la Paz al que se someterán voluntariamente todos aquellos que quieran contribuir a la paz, la dejación de las armas, la reconciliación nacional, la desmovilización de las guerrillas, desestructuración del paramilitarismo, del terrorismo estatal y de individualización de los actores privados, nacionales o internacionales, que hayan contribuido a la guerra, a las graves violaciones de derechos humanos, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio.
2. El carácter de este tribunal es de naturaleza confesional¹⁴ y tendrá tres salas de primera instancia: una sobre los crímenes cometidos con ocasión del conflicto armado interno al que se someterán guerrilleros y militares responsables de crímenes de guerra; otra sobre crímenes cometidos con ocasión del conflicto social, económico y político que tratará sobre genocidio, los crímenes de lesa humanidad y violaciones de derechos humanos y una tercera para revisar procesos y condenas contra líderes sociales que estén siendo procesados o hayan sido condenados por hechos que no cometieron. La segunda instancia será la sala plena.
3. Los que se sometan estarán obligados a la confesión plena de todos los crímenes, la denuncia de los máximos responsa-

14. La palabra no se utiliza en el sentido religioso del término, sino en relación con el reconocimiento de una de las pruebas en materia de responsabilidad penal, la que nace de la confesión; es decir, del reconocimiento de haber perpetrado el delito o los delitos.

bles promotores o coautores y beneficiarios de los mismos, sincero arrepentimiento y presentación de perdón público a las víctimas y a la sociedad, reparación de las mismas, el someterse a formas de control social e institucional para garantizar la no repetición de los crímenes...

4. La responsabilidad de los actores de los crímenes debe ser diferenciada en términos políticos y jurídicos, tomando en cuenta el deber de garante de los agentes estatales o de funcionarios públicos, que deben prevenir crímenes y no cometerlos, que tienen un mandato constitucional y legal para garantizar el Estado de derecho y no para convertir al Estado en un ente criminal...
5. Lo anterior debe acompañarse de la aplicación con rigor de las normas del derecho penal internacional, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, para sancionar a los principales perpetradores de crímenes no amnistiables, ni indultables, como los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y los crímenes de guerra.
6. Quienes confiesen todos los crímenes y contribuyan a la desmovilización de las organizaciones insurgentes y desmonte de las estructuras criminales, a la individualización de los máximos responsables, a la identificación de los patrocinadores de los crímenes, a la depuración del Estado, que pidan perdón genuino a las víctimas y a la sociedad, que establezcan el paradero de los detenidos desaparecidos, que contribuyan a la reparación de las víctimas y al establecimiento de garantías de no repetición de los crímenes, podrán beneficiarse de rebajas de penas o penas alternativas que establezca el Tribunal Especial de Justicia para la Paz.
7. Las penas alternativas impuestas por el Tribunal Especial de Justicia para la Paz deberán tener en cuenta la gravedad de los crímenes, la motivación y forma de ejecución de los mismos, y los agravantes frente a actores estatales o su rol relevante frente a la sociedad. La rebaja de penas y las

penas alternativas deben ser garantía de no repetición de los crímenes y de la contribución significativa al proceso de paz.

8. Los procesos con sentencia y en curso contra los responsables de crímenes internacionales que entren en un proceso de negociación y sometimiento a la justicia, con las condiciones antes señaladas, serán enviados al Tribunal Especial de Justicia para la Paz.
9. El Tribunal Especial de Justicia para la Paz examinará las investigaciones y condenas dictadas contra los comandantes guerrilleros.
10. El Tribunal deberá considerar que en el marco de las negociaciones de paz con la insurgencia y los guerrilleros que hayan hecho dejación de las armas voluntariamente, que no sean objeto de amnistía o indulto, se les escuchará preferentemente, se les garantizará la libertad para no entorpecer su reinserción a la vida civil y el tránsito de la lucha armada a la lucha política en democracia. Las penas alternativas o sustitutivas que se impongan deberán considerar la importancia histórica de la contribución a la paz y la democracia de las personas concernidas.
11. La participación, representación adecuada y testimonio de las víctimas, tanto en relación con los hechos, como con los contextos en que se han producido los crímenes, como para la valoración integral del daño, debe ser fuente indisociable de legitimidad de cualquier acción penal en el desarrollo de este Tribunal.
12. Se debe diferenciar los crímenes políticos y conexos de los delitos comunes, para efecto del establecimiento de amnistías, indultos o de la sanción penal.
13. Las sentencias contra comandantes guerrilleros que han sido condenados en ausencia «por crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y delitos comunes», incluso como autores mediatos frente a hechos de guerra en los que el dolo, como elemento central de la responsabilidad penal,

estaría ausente, serán evaluadas por el Tribunal Especial de Justicia Transicional para anularlas o acumularlas y transformarlas en penas alternativas.

14. La administración de justicia en Colombia no ha tenido la independencia y la objetividad necesaria para investigar y castigar los crímenes de carácter internacional cometidos por agentes estatales, y los pocos casos tratados han significado la persecución de los operadores judiciales que han cumplido con su deber. Por tanto, el Tribunal Especial de Justicia Transicional debe estar compuesto en mayoría absoluta por juristas internacionales.
15. El Tribunal Especial de Justicia Transicional estará compuesto por nueve expertos en derecho penal internacional, derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional humanitario, **cinco de ellos serán nombrados por la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas**, dos de ellos por la Corte Suprema de Justicia y dos por la Corte Constitucional, de sendas ternas presentadas por el Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado (MOVICE) y por las organizaciones de víctimas de la guerrilla.
16. Todas las actuaciones del Tribunal serán públicas, y el Estado colombiano garantizará la difusión adecuada de todas sus sesiones.
17. El Tribunal será un órgano de cierre en sí mismo; ninguna instancia de la justicia ordinaria en Colombia podrá interferir o afectar sus decisiones.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La paz, para que sea creíble, firme y duradera, no puede ni debe ser sinónimo de impunidad frente a crímenes de lesa humanidad, genocidio o graves infracciones al derecho internacional humanitario.

Frente a los grupos guerrilleros que se desmovilicen, se debe conceder la amnistía e indultos más amplios posible, en conside-

ración a los delitos políticos y conexos, entendiendo los elementos estructurales y prácticos de la complejidad del delito político, según las obligaciones y estándares internacionales, que limitan la concesión de dichos beneficios penales a quienes sean responsables de crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra. Las penas alternativas, en este último caso, deben ser la garantía jurídica de que no serán procesados en el futuro, porque las sentencias que se dicten harán tránsito a cosa juzgada.

Un proceso de paz debe contemplar la desmovilización de todos los actores del conflicto y el desmontaje de las estructuras políticas y económicas que dan sustento a su accionar, en particular a los agentes estatales, paramilitares y auspiciadores civiles de la comisión de graves violaciones a los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, trátase de políticos o empresarios.

Es obligación de la Fiscalía perseguir la responsabilidad penal de todos los crímenes y debe promover una política para perseguir con rigor a los principales perpetradores o determinadores de crímenes internacionales.

Insistimos en que la sanción penal no puede ser simétrica y la impunidad relativa que se anuncia debe ser más drástica en sancionar a los promotores de los crímenes de Estado; las inhabilidades políticas que se acuerden deben extenderse en primer lugar a estos. Las condiciones en que se realice la sanción penal no pueden convertirse en una nueva ofensa a la humanidad y en particular a las víctimas.

Aunque la Fiscal de la CPI, en sus comunicaciones al Estado colombiano, ha insistido en la necesidad de la sanción penal efectiva en términos de prisión, una fórmula de justicia transicional, que contribuya al fin del conflicto armado, no sería contraria al propósito del Estatuto de Roma, que es el de prevenir crímenes internacionales de su competencia y asegurar la paz. El propio Estatuto deja ventanas abiertas a dicha posibilidad, como lo hemos citado arriba.

El examen preliminar ha sido importante y ha ayudado a salvar vidas, pero no es suficiente frente a la dimensión de la barbarie que ha padecido el pueblo de Colombia. Creemos, por tanto, que

la Corte Penal Internacional debe cumplir un rol más preventivo ante los crímenes de su competencia frente a todos los actores armados y promotores de los mismos, de manera que los principales responsables que no se sometan a la justicia transicional o que evadan o incumplan sus responsabilidades con esta, sean investigados y juzgados, sean agentes del Estado, políticos, empresarios, paramilitares o guerrilleros.

En todo caso, el rol preventivo que puede cumplir la CPI frente al proceso de paz en Colombia podría contribuir como garantía de no repetición de los crímenes, al perseguir a los máximos responsables de todos los actores armados y promotores de los crímenes causados por las múltiples violencias (estatal, paraestatal, insurgente), que no se sometan a un proceso de justicia transicional o que incumplan las obligaciones que se deriven del mismo.

III

LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA SITUACIÓN EN HONDURAS

Joaquín A. Mejía R. y Verenice Bengtsson

INTRODUCCIÓN

El 18 de noviembre de 2010, la OTP de la CPI anunció que la situación en Honduras se había sometido a un examen preliminar para determinar si las presuntas violaciones a derechos humanos, que se produjeron tras el golpe de Estado del 28 de junio de 2009, constituyen delitos que pudieran ser de la competencia de la CPI. Hasta la fecha, la OTP ha recibido 23 comunicaciones en las que se denuncia que tales violaciones cometidas por policías, militares y civiles hondureños reúnen los elementos para ser consideradas crímenes de lesa humanidad en los términos del artículo 7 del Estatuto de Roma¹.

De acuerdo con la OTP esas comunicaciones destacan, entre otros delitos, la privación grave de la libertad, asesinatos, tortura, violación y otras agresiones sexuales, deportación, amenazas y persecución política contra activistas, periodistas, defensores de derechos humanos y líderes comunitarios. Además de recabar información de distintas fuentes, la OTP ha realizado dos visitas al país durante las cuales sostuvo reuniones con el Fiscal General del Estado, la Fiscal Especial de Derechos Humanos, la Procuradora

1. The Office of the Prosecutor, *Report on Preliminary Examinations Activities 2013*, International Criminal Court, noviembre 2013, p. 15.

General de la República, la Subsecretaría de Justicia y la Subsecretaría de Derechos Humanos².

A su vez, la OTP recibió el informe de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación que fue instalada el 4 de mayo de 2010 por el gobierno de Porfirio Lobo Sosa, en el cual se concluyó que «el conjunto de las violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes del Estado en Honduras entre el 28 de junio de 2009 y el 27 de enero de 2010 constituyeron un crimen de lesa humanidad de persecución política»³. Del mismo modo, recibió el informe de la Comisión de Verdad, una instancia creada desde un sector de la sociedad civil, en el que también se llegó a la conclusión de que muchas de las violaciones a derechos humanos y libertades «constituyen delitos de *lesa humanidad* y, por consiguiente, guardan el efecto procesal de no prescribir»⁴.

Tres años después, en noviembre de 2013, la OPT señaló en su Reporte sobre Actividades de Exámenes Preliminares que, si bien se cometieron crímenes atribuibles al régimen de facto, por el momento no encuentra una base razonable para asegurar que se trate de un ataque generalizado o sistemático en los términos que establece el Estatuto de Roma. La OPT también ha determinado en dicho reporte que continuará su examen preliminar sobre Honduras a la luz de las denuncias que ha recibido. Particularmente, para determinar si esas acusaciones pueden evidenciar un patrón creciente

2. Corte Penal Internacional, *Informe de la Corte Penal Internacional a las Naciones Unidas correspondiente a 2010/11*. Sexagésimo sexto período de sesiones, A/66/309, 19 de agosto de 2011, p. 18; The Office of the Prosecutor, *Report on preliminary examination activities 2011*, International Criminal Court, 13 de diciembre 2011, pp. 9-10; The Office of the Prosecutor, *Report on preliminary examination activities 2012*, International Criminal Court, noviembre 2012, pp. 12-13.

3. Comisión de la Verdad y la Reconciliación, *Para que los hechos no se repitan: Informe de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación*, cap. III. Aspectos relevantes sobre los hechos principales, CVR, Honduras, 2011, p. 539.

4. Comisión de Verdad, *Informe de la Comisión de Verdad. La voz más autorizada es la de las víctimas*, CV, Tegucigalpa, octubre de 2012, pp. 232 y 297.

de actos prohibidos que puedan alterar la calificación jurídica de la época reciente posgolpe de Estado, y proporcionar una base para considerar esos actos en el contexto de un ataque generalizado o sistemático realizado en virtud de un Estado o política organizativa/institucional. En ese contexto, además, señaló que seguiría de cerca cualquier acto de violencia asociado a las elecciones presidenciales realizadas en noviembre de 2013⁵.

El presente trabajo tiene como objetivo analizar esta primera conclusión de la OTP y argumentar que sí existen bases razonables para considerar que se cometieron crímenes de lesa humanidad en el marco del golpe de Estado, tal y como lo reconoce el propio Estado hondureño a través de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación. En este sentido, consideramos que la OTP tuvo que darle mayor valor a dicho reconocimiento, y asumir un rol más activo frente a las víctimas, de conformidad con sus atribuciones legales, así como evaluar la conducta estatal para determinar si ha existido capacidad y voluntad política para investigar y sancionar estos delitos.

1. ASPECTOS PROCESALES DEL EXAMEN PRELIMINAR

La relación que existe entre la jurisdicción de la CPI y la justicia penal nacional está basada en el principio de complementariedad, en el sentido de que existe una presunción a favor de la jurisdicción hondureña de que perseguirá eficazmente los crímenes internacionales señalados en el Estatuto de Roma. Por tanto, se parte de la idea de que los crímenes internacionales deben castigarse; que el Estado de Honduras tiene la obligación de garantizar que no queden en la impunidad; y, en caso de que la persecución penal nacional sea insuficiente por causas jurídicas o fácticas, la CPI puede perseguir a los responsables de tales crímenes para evitar su impunidad⁶.

Esta presunción inicial no es absoluta, ya que puede ser invertida si la OTP considera que la jurisdicción nacional carece de

5. The Office of the Prosecutor, *Report on Preliminary Examinations Activities 2013... op. cit.*, pp. 5 y 20.

6. GRAMMER, Christoph, «El sistema del Estatuto de Roma como fuerza motriz del derecho penal internacional. El inesperado éxito del Es-

voluntad o capacidad para actuar en un caso determinado⁷. Por tanto, el análisis de estos dos factores es fundamental para que la OTP decida abrir o no una investigación oficial. La estructura dentro de la OTP encargada de realizar un primer análisis al respecto, es la Sección de Análisis Preliminar que hace la revisión inicial de las alegaciones sobre los crímenes denunciados; recolecta información adicional de fuentes abiertas y específicas durante las investigaciones para generar los estudios necesarios sobre la admisibilidad de casos y el interés de la justicia; conduce un análisis profundo sobre la competencia y admisibilidad de la situación denunciada; reporta periódicamente sobre el estado de las situaciones para sustentar las posibles decisiones sobre una potencial petición para abrir una investigación; y contribuye con la política de complementariedad positiva.

Aunque la figura del examen preliminar no está establecida expresamente en el Estatuto de Roma, cuando la OTP conoce de la comisión de crímenes internacionales a través de los mecanismos establecidos⁸, realiza una evaluación inicial para determinar si los hechos denunciados requieren ser examinados con mayor profun-

tato de Roma en América Latina», en AMBOS, Kai, MALARINO, Ezequiel y WOISCHNIK, Jan (eds.), *Temas actuales del Derecho Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2005, p. 43.

7. FLORES AGUIRRE, Xavier Andrés, «La responsabilidad penal del individuo y su complementariedad con la Corte Penal Internacional: Perspectivas desde el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos», en *American University International Law Review*, vol. 20, N° 1, 2004, pp. 206-207.

8. Una investigación puede iniciarse cuando (a) un Estado Parte remite una situación a la OTP en la cual parezca haberse cometido uno o varios de los crímenes sujetos a su competencia, como sucedió en los casos enviados por Uganda, República Democrática del Congo, República Centroafricana y Mali; (b) el Consejo de Seguridad envía a la OTP una situación, como en el caso de Darfur y Libia; (c) la OTP instruye una investigación de oficio o *motu proprio*, previa autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares, con base en información recibida de cualquier fuente confiable, como en el caso de Kenya y Costa de Marfil (d) un Estado que no es Parte en el Estatuto de Roma remite una situación si deposita una declaración *ad hoc* aceptando la jurisdicción de la CPI, como en el caso de Palestina.

dad. En virtud del ya señalado principio de complementariedad, durante el examen preliminar la OTP valora la legitimidad y autenticidad de los procedimientos nacionales, la existencia de voluntad y capacidad para perseguir penalmente a los responsables de los crímenes alegados, la gravedad de los mismos, el interés de la justicia y los intereses de las víctimas.

Para ello, la OTP ha establecido un proceso de filtrado que consta de cuatro fases con el fin de distinguir entre aquellas situaciones que justifican ser investigadas formalmente y aquellas que no. En la fase 1, la OTP realiza una evaluación inicial de toda la información que recibe sobre la comisión de presuntos crímenes bajo la competencia de la CPI, pues en virtud del artículo 15 numeral 2 del Estatuto de Roma debe analizar «la veracidad de la información recibida»⁹. El objetivo de esta fase es analizar la seriedad de la información, filtrar aquella que está fuera del alcance de la jurisdicción de la CPI e identificar aquella que parece caer dentro de su jurisdicción. Para noviembre de 2013, la OTP había recibido 10,352 comunicaciones. Sólo en el año 2013 recibió 597 comunicaciones de las cuales 503 estaban manifiestamente fuera de la jurisdicción de la CPI¹⁰.

En concreto, esta evaluación inicial distingue si las comunicaciones recibidas denuncian (a) situaciones que están manifiestamente fuera de la jurisdicción de la CPI, (b) situaciones que ya están siendo objeto de examen preliminar, (c) situaciones que ya están siendo objeto de una investigación o de un proceso judicial, y (d) situaciones que no pueden ser incluidas en las tres anteriores por lo que requieren continuar siendo analizadas. Las comunicaciones que se consideren manifiestamente fuera de la jurisdicción de la CPI pueden ser revisadas a la luz de nueva información; las comunicaciones que se considere requieren de mayor análisis son

9. The Office of the Prosecutor, *Policy Paper on Preliminary Examinations (DRAFT)*, International Criminal Court, La Haya, 4 de octubre 2010, p. 18, para. 86.

10. The Office of the Prosecutor, *Report on Preliminary Examinations Activities 2013... op. cit.*, pp. 5-6.

objeto de un informe analítico específico que evalúa si los supuestos crímenes parecen corresponder a la competencia de la CPI y, por tanto, justifican proceder a la siguiente fase. Tales comunicaciones deben ser analizadas en combinación con la información de código abierto, como los informes de Naciones Unidas, de organizaciones no gubernamentales y de otras fuentes confiables para fines de corroboración¹¹.

En la fase 2, las situaciones que sobreviven al filtro inicial son formalmente consideradas bajo examen preliminar, y el análisis se enfoca en comprobar si cumplen con las condiciones previas para el ejercicio de la jurisdicción de la CPI, en virtud del artículo 12 del Estatuto de Roma, y si hay base razonable para creer que un alegado crimen puede ser competencia del Tribunal Penal Internacional. El análisis de la fase 2 implica una evaluación jurídica y fáctica exhaustiva de los presuntos crímenes denunciados, con el fin de identificar los potenciales casos que puedan caer bajo la jurisdicción de la CPI. La OTP presta particular consideración a aquellos crímenes cometidos a gran escala como parte de un plan o en cumplimiento de una política. Para ello, puede recabar más información sobre los procedimientos nacionales pertinentes y concluye con la elaboración del «Informe Artículo 5 al Fiscal», en referencia a la competencia material de la CPI definida en el artículo 5 del Estatuto de Roma¹².

En la fase 3, se realiza un análisis de la admisibilidad de los casos potenciales en términos de la complementariedad y gravedad. En relación con la complementariedad, el análisis supone el convencimiento de que las autoridades nacionales han demostrado que no

11. The Office of the Prosecutor, *Policy Paper on Preliminary Examinations*, International Criminal Court, La Haya, noviembre 2013, pp. 18-19, para. 78-79.

12. *Ibid.*, p. 19, para. 80-81. El referido artículo 5 establece que «1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión (...).».

tienen la capacidad o la voluntad de llevar a cabo investigaciones y procedimientos serios respecto de los crímenes denunciados y en relación con los presuntos responsables¹³. Con respecto a la gravedad, el análisis se enfoca en determinar si esta es suficiente para justificar la intervención de la CPI, valorando la forma, la escala, la naturaleza y el impacto de los presuntos crímenes cometidos¹⁴.

En esta fase, la OTP continúa recabando información sobre la competencia material de la CPI, particularmente cuando se haya cometido o se estén cometiendo nuevos crímenes dentro de la situación denunciada, y finaliza con la presentación del «Informe Artículo 17 al Fiscal», en referencia a las cuestiones de admisibilidad establecidas en el artículo 17 del Estatuto de Roma¹⁵.

En la fase 4 se examina el interés de la justicia, que supone valorar si existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no aportará a tal interés. Como resultado, se elabora el «Informe Artículo 53 (1)», que formula una recomendación final al Fiscal para determinar si existe o no un fundamento razonable para iniciar una investigación formal¹⁶. Sobre la base de la información disponible y sin perjuicio de otros posibles crímenes que puedan identificarse en el curso de una investigación, el «Informe Artículo 53(1) (a) indicará una caracterización legal inicial de los presuntos crímenes dentro de la jurisdicción de la CPI; y (b) incluirá una declaración de hechos que indique, como mínimo, los lugares de la presunta comisión de los crímenes, el tiempo o periodo de tiempo de la presunta comisión de los mismos, y las personas in-

13. Human Rights Watch, *Course Correction: Recommendations to the ICC Prosecutor for a More Effective Approach to «Situations under Analysis»*, HRW, Nueva York, junio 2011, pp. 5-6.

14. The Office of the Prosecutor, *Regulations of the Office of the Prosecutor*, Official Journal Publication, ICC-BD/05-01-09, 23 de abril 2009, regulation 29.2.

15. The Office of the Prosecutor, *Policy Paper on Preliminary Examinations... op. cit.*, p. 19, para. 82.

16. The Office of the Prosecutor, *Report on Preliminary Examinations Activities 2013... op. cit.*, p. 5.

volucradas en caso de que se hayan identificado, o una descripción de las personas o grupos de personas involucradas¹⁷.

Esta identificación de hechos es preliminar en su naturaleza, teniendo en cuenta la finalidad específica del procedimiento en esta etapa. No es vinculante para la realización de investigaciones futuras y puede cambiar en una fase posterior, en función del desarrollo del proceso probatorio y de futuras hipótesis del caso¹⁸. Hasta el momento, hay 8 situaciones bajo investigación, 19 casos en relación con 27 personas, y 8 exámenes preliminares en cuatro continentes; hay 13 órdenes de detención pendientes; 12 casos se encuentran sometidos a la Salsa de Cuestiones Preliminares; 5 casos están sometidos ante las Salas de Primera Instancia; 2 casos se encuentran sometidos ante la Sala de Apelaciones; y 2 casos han terminado en sentencia¹⁹.

En relación con Honduras, la OTP consideró que había una base razonable para creer que los alegados crímenes cometidos durante el golpe de Estado no alcanzaban el umbral de crímenes de lesa humanidad, aunque las nuevas comunicaciones recibidas requerían de mayor análisis. En este sentido, el caso de Honduras se encuentra en la fase 2 y, hasta el momento, la OPT ha considerado que la situación denunciada no cumple con las condiciones previas para el ejercicio de la competencia de la CPI establecidas en el artículo 12 del Estatuto de Roma.

De acuerdo con esta disposición, las condiciones previas evaluadas por la OTP incluyen si el Estado de Honduras es parte del Estatuto de Roma y ha aceptado la competencia de la CPI con respecto a los crímenes señalados en el artículo 5; si los crímenes

17. The Office of the Prosecutor, *Policy Paper on Preliminary Examinations... op. cit.*, pp. 19-20, para. 83-84.

18. *Ibíd.*

19. The Office of the Prosecutor, *OTP Briefing*, Issue N° 148, 1 de octubre-30 de noviembre 2013. Además de los casos de Colombia (2006) y Honduras (2010), otros países donde la OTP está realizando exámenes preliminares son: Afganistán (2007), Georgia (2008), Corea del Sur, por actos cometidos por Corea del Norte en territorio surcoreano (2010), Guinea (2010), Nigeria (2010) y Unión de las Comoras (2013).

denunciados fueron cometidos dentro del territorio hondureño; y si las personas acusadas de los crímenes son nacionales de Honduras. En otras palabras, la OTP analizó las cuestiones relativas a la competencia en razón de la materia, del tiempo y de la persona (*ratione temporis, loci y personae*).

Evidentemente, no hay duda sobre la competencia de la CPI en razón del tiempo y la persona. No obstante, la OPT consideró que, con la información analizada, no podía concluirse que la CPI era competente en razón de la materia; es decir, que los crímenes no se cometieron como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil en el marco de una política de Estado.

2. ANÁLISIS DE LA DECISIÓN DE LA OTP SOBRE LA SITUACIÓN EN HONDURAS

Es entendido que los delitos de competencia de la CPI son aquellos crímenes atroces que, históricamente, han conmovido profundamente la conciencia de la humanidad, a saber, los crímenes de guerra, el genocidio, el crimen de agresión y los crímenes de lesa humanidad. Aquí se devela el propósito de proteger los derechos humanos y a la humanidad de los crímenes y violaciones más graves que registra la historia y, sobre todo, que no queden en la impunidad. Kai Ambos refiere que la misma definición, *lesa humanidad*, «sugiere delitos que agravan no solo a las víctimas y sus propias comunidades, sino a todos los seres humanos, sin importar su comunidad»²⁰. De ahí se desprende la gravedad de dichos delitos, pues quien comete un crimen contra la humanidad no solo ofende a la víctima y a la comunidad a la que pertenece, sino que, por su agravio a la dignidad del ser humano, dicho crimen cobra trascendencia para la humanidad y la comunidad internacional.

20. AMBOS, Kai, «Crímenes de Lesa Humanidad y la Corte Penal Internacional», en *Revista General de Derecho Penal*, Iustel, N° 17, mayo 2012, pp. 4-5. Accesible en <http://www.inej.edu.ni/wp-content/uploads/2012/07/Crim.Lesa-Humanidad-y-CPI-RGDP-17-2012-1-30.pdf>

Para tomar como punto de partida y de acuerdo a la definición actual que particularmente nos interesa, en sentido estricto, el artículo 7 del Estatuto de Roma, en su párrafo 1, define los crímenes de lesa humanidad como un conjunto de actos cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático en contra de una población civil y con conocimiento de dicho ataque.

Es de notar que el artículo 7 no hace mención de tiempo o alusión a conflicto; es decir, las conductas constitutivas de crímenes de lesa humanidad pueden cometerse indistintamente en tiempo de paz o de guerra, exista o no un conflicto armado interno o internacional. Entre esas conductas están el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o traslado forzoso de población, la violación, la desaparición forzada de personas, la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género. Para que estos actos puedan ser clasificados dentro de la definición de crímenes de lesa humanidad, es necesario que (a) se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático; (b) se dirijan contra una población civil; y, (c) se cometan de conformidad con la política de un Estado o de una organización, lo cual implica que pueden cometerlos agentes del Estado o personas que actúen a incitación suya o con su consentimiento o beneplácito, como los grupos paramilitares. También es importante resaltar que los autores de estos crímenes deben tener conocimiento del ataque en relación con el contexto más amplio en que se cometen.

En el Derecho Penal Internacional lo anterior se conoce como el elemento de contexto. En palabras de Kai Ambos, es este elemento lo que determina que «cierta conducta criminal tenga una especial repercusión y sea motivo de preocupación internacional»²¹. A la vez, crea una diferenciación entre lo que puede constituirse en crímenes cometidos de forma aislada o crímenes de lesa humanidad. Según el artículo 7 numeral 2.a del Estatuto de Roma, por «ataque contra una población civil» se entenderá una línea de conducta que

21. *Ibíd.*, p. 7.

implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política.

Esto implica que el objeto del criminal de lesa humanidad es la población civil o un grupo o colectividad determinada de esta. Así, para que se constituya en un crimen de lesa humanidad, el artículo 7 numeral 2 referido deja claro que «es necesario algún tipo de vínculo con un Estado o un poder de facto y, por lo tanto, la organización por medio de una política», pero que, además, en un sentido amplio del concepto de política y de conformidad con el derecho internacional, «la inacción, la tolerancia o la aquiescencia frente a crímenes de lesa humanidad, deben considerarse suficientes»²².

En este sentido, el crimen de lesa humanidad está constituido por (a) un elemento material o tipo objetivo del crimen (*actus reus*) que describe la conducta típica, las consecuencias resultantes y las circunstancias externas que deben producirse; y por (b) un elemento subjetivo (*mens rea*) que exige que se lleve a cabo con conocimiento e intención, es decir, el autor debe saber lo que hace y que su conducta no es tolerada por el derecho internacional. Pero, además de la conducta típica, deben concurrir las dos particularidades específicas señaladas, relativas a que los actos se realicen en el marco de un ataque generalizado o sistemático y que sean dirigidas contra una población civil²³.

Por tanto, las circunstancias del «ataque generalizado o sistemático contra la población civil» son las que determinan la gravedad de las violaciones a los derechos humanos para considerarlas crímenes de trascendencia internacional. Esas circunstancias deben ser tratadas como tales en el ámbito interno o, en su defecto, en el ámbito internacional. En otras palabras, para que un acto delictivo

22. *Ibíd.*, p. 10. Ambas citas textuales corresponden a la p. 10.

23. LIÑÁN LAFUENTE, Alfredo, «La tipificación del crimen de persecución en el Estatuto de Roma y su primera aplicación en el Tribunal Híbrido Internacional de Timor Oriental», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 10, Granada, 2008, p. 2.

se constituya en crimen internacional debe realizarse en conexión con un contexto específico que, en el caso de Honduras, ha sido el golpe de Estado y la posterior militarización del país.

En este esquema, (a) la conducta delictiva la constituyen los asesinatos, torturas, detenciones ilegales, agresiones sexuales, tratos crueles inhumanos y/o degradantes, persecuciones por motivos políticos y otras graves violaciones a los derechos humanos ocurridas a partir del 28 de junio de 2009; (b) la consecuencia o resultado ha sido la severa privación a miles de personas de sus derechos humanos en contravención con el derecho internacional; y (c) las circunstancias en que se ha desarrollado la conducta delictiva corresponden al contexto del golpe de Estado.

Ante la decisión inicial de la OTP de no encontrar una «base razonable» para considerar que los crímenes cometidos en Honduras son producto de un ataque generalizado y sistemático, es pertinente establecer qué se entiende en el Derecho Penal Internacional por ese tipo de ataque. En primer lugar, «la sistematicidad significa que los actos perpetrados se hayan llevado a cabo, como parte de un plan preconcebido en el que se utilicen los recursos del Estado o de grupos u organizaciones no estatales: es decir, en el que se vean involucradas personas vinculadas a un gobierno, organización política o grupo»²⁴. Esto implica, pues, que existe un nivel de organización, la existencia o la obediencia a una política de Estado o de grupos particulares.

En ese mismo sentido, lo sistemático tiene un significado cualitativo «que requiere que el acto se lleve a cabo como resultado de una planificación metódica»²⁵, lo cual llega a tener relación con la política o plan que sirve a los autores de crímenes de lesa huma-

24. GUEVARA B., José A., «La Corte Penal Internacional (un acercamiento a su competencia y jurisdicción)», en MARTIN, Claudia, RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego y GUEVARA B., José A. (comps.), *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Universidad Iberoamericana, México, 2004, p. 708.

25. AMBOS, Kai, «Crímenes de Lesa Humanidad y la Corte Penal Internacional»... *op. cit.*, p. 8.

nidad para cumplir el ataque al objetivo, que es la población civil. Para determinar la sistematicidad de un ataque es preciso analizar:

a) la existencia de un objetivo político, un plan de conformidad por el cual el ataque es cometido, o una ideología diseñada para destruir, perseguir, o debilitar la comunidad; b) la perpetración de un acto criminal a una escala muy grande contra un grupo de civiles, o el repetido y continuado cometido de actos inhumanos vinculados entre sí; c) la preparación y empleo significativo de recursos públicos o privados, sean militares o de otro tipo; d) la implicación de autoridades políticas y/o militares de alto nivel en la definición y el establecimiento del plan metódico²⁶.

En el caso que nos ocupa, existía claramente un plan para atacar de manera sistemática y generalizada a la población civil que se manifestaba en contra del golpe de Estado, el cual era coordinado desde la llamada «Sala de crisis», instalada en casa presidencial bajo la dirección del gobernante de facto y de los altos mandos policiales y militares. La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos corroboró la sistematicidad en el uso de la fuerza excesiva por parte de las fuerzas militares y policiales²⁷, cuyo objetivo principal no era la simple dispersión de los manifestantes, sino la represión con el fin de destruir, debilitar o desarticular a la población civil en resistencia. Para darle un manto de legalidad a las acciones represivas, el gobierno de facto suspendió derechos y garantías a través de decretos o anuncios en los medios de comunicación que permitieron la violación masiva, sistemática e institucional a la libertad y seguridad personal de miles de personas

26. Fundación para el Debido Proceso Legal, *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*, DPFL, Washington, 2009, p. 37.

27. OACNUDH. *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las violaciones de los derechos humanos en Honduras desde el golpe de Estado de 28 de junio de 2009*, Consejo de Derechos Humanos, 3 de marzo de 2010, párr. 20.

por parte de la Policía Nacional, el ejército y el Comando Especial Cobra²⁸, así como el cierre de los medios de comunicación que cuestionaban el rompimiento del orden constitucional.

Tal como lo señala la Comisión de la Verdad y la Reconciliación,

(L) a represión a los medios de comunicación fue sistemática y resultado de una planificación previa. La ocupación militar de los medios de comunicación y las acciones y órdenes ejecutadas para impedir sus transmisiones no fueron producto de un hecho aislado ni ejecutado casualmente, sino que fue el resultado de una estrategia nacional planificada con anterioridad e implementada de manera sistemática por el Estado, principalmente mediante la actuación de las Fuerzas Armadas de Honduras y en menor escala por la Policía Nacional Preventiva, tal cual quedó demostrado por las investigaciones realizadas por los expertos²⁹.

Para garantizar el objetivo establecido por el gobierno de facto, todas las instituciones claves del sector justicia, como el Ministerio Público, la Corte Suprema de Justicia y hasta el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, defendieron el rompimiento del orden constitucional, justificaron las graves violaciones a los derechos humanos cometidas y defendieron medidas restrictivas a costa de la protección de los derechos humanos y del respeto del Estado de derecho. Así, aunque formalmente existía el derecho a hacer uso de recursos judiciales para amparar a la población, estos se volvieron ineficaces, dejando a la población en total indefensión y vulnerabilidad³⁰.

28. Comisión de la Verdad y la Reconciliación, *Para que los hechos no se repitan... op. cit.*, pp. 324 y 330. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Honduras: Derechos humanos y golpe de Estado*, 30 de diciembre de 2009, párr. 271.

29. Comisión de la Verdad y la Reconciliación, *Para que los hechos no se repitan... op. cit.*, p. 366.

30. OACNUDH. *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos... op. cit.*, pp. 16-17; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Honduras: Derechos humanos... op. cit.*, párr. 9.

En este contexto, las fuerzas policiales y militares tuvieron luz verde para perpetrar de forma repetida y continuada las graves violaciones a derechos humanos que estaban vinculadas entre sí, y al disponer de todo el aparato estatal, contaron con una gran cantidad de recursos públicos y privados, y el respaldo del Congreso Nacional, de las secretarías de Estado, de las ya mencionadas instituciones del sector justicia, así como de las jerarquías católicas y evangélicas, la empresa privada y los grandes medios de comunicación, lo cual fue fundamental para que el gobierno de facto, a través de su «Sala de crisis», planeara, articulara y ejecutara un ataque sistemático y generalizado en contra la población opuesta al golpe de Estado³¹.

Es preciso señalar que para las organizaciones nacionales e internacionales que han denunciado el caso de Honduras ante la OTP resulta difícil recabar mayores pruebas más allá de las evidencias anteriores, que permitan corroborar plenamente la existencia de un plan para atacar sistemáticamente a la población civil, ya que «para acceder a esa información, se tiene que acceder a documentos

31. La situación denunciada se llevó a cabo «a través de una diversa gama de factores (Emisión de Decretos, Gestión y canalización de recursos económicos para la campaña, Operativos militares con nombres y objetivos específicos, Licitaciones o compras directas de armas letales y no letales para suministrar al ejército y a la policía, Uso de personal militar y policial, su financiamiento, alimentación, órdenes, lugares, vestimenta, armas, vehículos, instalaciones, Persecución por vía judicial –requerimientos fiscales y juzgamiento– a los disidentes, etc.)», lo que supone que «1. Que su realización es producto de una operación orquestada y planificada desde los más altos mandos del Estado; 2. Sin el imprescindible concurso de todos estos elementos, quizá el golpe de Estado y los hechos que le siguieron, nunca pudieran haber ocurrido; y 3. Que el plan trazado no podía ser frustrado por la sola voluntad de uno de sus ejecutores directos –Jueces, Fiscales, investigadores de quejas del CONADEH, elementos de la Policía y/o del Ejército, entre otros– quienes sólo desempeñan el rol de ser un engranaje más de una gigantesca maquinaria y que ante su negativa seguramente sería reemplazado por otro que sí lo hará», en ALVARADO, Celso, *Teoría del «Dominio del hecho a través de aparatos organizados de poder»*. *La autoría mediata a través de un instrumento que actúa de forma antijurídica y plenamente responsable en el marco del Golpe de Estado en Honduras*, documento inédito. Agradecemos al autor que ha tenido la gentileza de permitirnos consultar este trabajo.

de instituciones como Defensa e Inteligencia, sin embargo, por ley emitida por el gobierno de Honduras, dice que esa información no es disponible y considerada como confidencial»³².

En su informe de actividades sobre exámenes preliminares, la OTP argumenta carencia o insuficiencia de pruebas para sostener una base razonable que le permita concluir que los actos denunciados sobre la situación en Honduras se tratan de un ataque generalizado o sistemático. Mientras que las organizaciones y víctimas denunciantes carecen de posibilidades de obtener pruebas, el artículo 15 numeral 2 del Estatuto de Roma confiere plenas facultades a la OTP para solicitar pruebas no solo del Estado, sino también para recabar testimonios de las víctimas. Además, el artículo 54 le da plenas facultades para poder investigar en el territorio del Estado Parte. Por esa razón, dejar la carga de la prueba en manos de las organizaciones y las víctimas que no tienen acceso a documentos estatales, es una manera pasiva de evadir la responsabilidad que tiene la OTP de acuerdo a su mandato, que le obliga a recabar, de manera metódica y proactiva, información de todas las fuentes disponibles sobre los crímenes alegados³³.

Con todo, es preciso decir también que hablar de sistematicidad en el caso de Honduras implica evaluar y realizar una necesaria relación de un conjunto de cosas o actividades que, enlazadas, contribuyen a crear un contexto de persecución y criminalización sistemática fundada en motivos políticos, dirigidas a un grupo o colectividad con identidad propia; en este caso, una población civil opuesta al golpe de Estado. Basta una mirada a los diarios, medios televisivos y radiales, e innumerables blogs, para darse cuenta de que, desde el golpe de Estado de 2009, en Honduras existe una campaña discursiva emprendida por autoridades, particulares y políticos

32. «Reina Rivera: Cancillería manipuló el informe de la Corte Penal Internacional», en Diario *Tiempo*, 29 de noviembre 2013. Accesible en <http://www.tiempo.hn/portada/noticias/reina-rivera-%E2%80%9Ccancelleria-manipulo-el-informe-de-la-corte-penal-internacional%E2%80%9D>

33. The Office of the Prosecutor, *Policy Paper on Preliminary Examinations...* op. cit., p. 24, para. 104.

orientada hacia la estigmatización y persecución de quienes se manifestaron en contra del rompimiento del orden constitucional, o de quienes tienen posiciones críticas contra el rompimiento del orden constitucional y la impunidad de los crímenes cometidos. A pesar de que esto ha sido denunciado, la OTP omite pronunciarse al respecto en su examen preliminar constitucional.

Por otro lado, en términos generales, mientras la sistematicidad atiende a un análisis cualitativo, hablar de ataque generalizado, en los términos del Estatuto de Roma, conlleva un análisis cuantitativo; es decir, implica un ataque en masa, un acto llevado «a cabo a gran escala involucrando a un gran número de víctimas»³⁴. Lo anterior no necesariamente implica que se trate de un solo acto; puede también incluir la multiplicidad de actos que produzcan un gran número de víctimas. Al parecer, para la OTP, los crímenes cometidos en el contexto del golpe de Estado no parecen alcanzar el umbral que exige el artículo 7 numeral 1 del Estatuto de Roma.

Sin embargo, para determinar si se trata de un ataque sistemático o generalizado, es necesario atender más a si el caso concreto implica una política que, como indicamos anteriormente, no necesariamente se traduce en la acción, ya que también la tolerancia o la aquiescencia del Estado pueden ser suficientes para constituirse en una política. A la vez, el Estatuto de Roma no establece que deba cumplirse con el requisito de generalizado y sistemático al mismo tiempo. La jurisprudencia en la materia establece una lectura alternativa de estos elementos; es decir, «el ataque bien podría ser generalizado o sistemático, pero no necesariamente, ambas cosas a la vez»³⁵.

Si bien el caso hondureño no es comparable a las masacres cometidas en otras situaciones como Ruanda, los opositores políticos asesinados, torturados, exiliados, amenazados y perseguidos, suman un número considerable que permite develar un ataque sistemático

34. AMBOS, Kai, «Crímenes de Lesa Humanidad y la Corte Penal Internacional»... *op. cit.*, p. 8.

35. *Ibíd.*, pp. 8-9.

contra un grupo determinado de la población hondureña basado en motivos políticos. No obstante, la OTP debe considerar que basta la comisión de un solo acto ilícito de los anteriormente descritos para que se produzca un crimen de lesa humanidad, ya que constituyen graves ofensas a toda la humanidad y, en consecuencia, deben ser investigados seriamente con el fin de sancionar a los responsables y reparar a las víctimas³⁶.

En este sentido, el contexto de impunidad en que se encuentran los crímenes en Honduras evidencia también una política de tolerancia por parte del Estado, particularmente de los órganos encargados de administrar justicia que, además de no investigar y sancionar a los responsables intelectuales y materiales de los mismos, han utilizado los mecanismos legales existentes para incoar procesos penales por asociación ilícita, terrorismo y sedición contra la población en resistencia.

3. EL RECONOCIMIENTO ESTATAL DE LA COMISIÓN DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD Y LA FALTA DE VOLUNTAD Y CAPACIDAD PARA PERSEGUIRLOS

La Comisión de la Verdad y la Reconciliación, creada e instalada por el Estado hondureño mediante decretos ejecutivos número 32,200 y 001-2010, respectivamente, concluyó que se cometieron crímenes de lesa humanidad de persecución política en el marco del golpe de Estado, entre el 28 de junio de 2009 y el 27 de enero de 2010³⁷. Este informe representa la «verdad oficial» acerca de los hechos ocurridos en relación con el golpe de Estado, y su publicación implica un reconocimiento explícito del Estado sobre los mismos. En tal sentido, se puede suponer que, por la naturaleza de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación, su informe constituye

36. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid Orellana y otros vs. Chile (Excepciones preliminares, fondo y reparaciones)*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrs. 96, 105 y 152.

37. Comisión de la Verdad y la Reconciliación. *Para que los hechos no se repitan... op. cit.*, p. 539.

el reconocimiento unilateral del Estado hondureño de la existencia de crímenes de lesa humanidad y la expresión de su voluntad de perseguirlos penalmente.

En otras palabras, dicho informe puede considerarse un acto unilateral de reconocimiento, entendido como una declaración de voluntad por la cual un sujeto de derecho internacional —en este caso el Estado de Honduras— constata la existencia de un hecho o de una situación³⁸. De esta manera, consideramos que la OTP debe darle mayor valor y consideración al análisis realizado por la Comisión de la Verdad y la Reconciliación, que le llevó a la conclusión de que se cometieron crímenes de lesa humanidad. Por tanto, frente a este reconocimiento estatal, la OTP debe evaluar si, ante estos crímenes, el Estado hondureño ha mostrado voluntad y capacidad para deducir responsabilidad penal en los términos del Estatuto de Roma.

Ante el reconocimiento de la existencia de crímenes de lesa humanidad, el Estado de Honduras tiene la competencia primaria de investigarlos y sancionarlos en los términos señalados por el Estatuto de Roma. Sin embargo, cuando una investigación se emprende sin la seriedad debida y como una simple formalidad condenada de antemano al fracaso, sin que sea asumida por el Estado como un deber jurídico propio, y dejando que su avance dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o sus familiares, y sin que el sistema de justicia busque efectivamente la verdad³⁹, se puede concluir que el Estado no tiene la intención de llevar a cabo la realización de la justicia. En consecuencia, bajo el principio de complementariedad, la competencia de la CPI debe activarse, puesto que esta se condiciona a actuar solo cuando un Estado no cumple con su obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de ese tipo de crímenes.

38. DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, 18ª ed., coord. por Concepción Escobar Hernández, Madrid, 2013, p. 154.

39. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 177.

Desde el momento en que comienzan a suceder tales crímenes, el sistema de justicia hondureño debió cumplir con su obligación de perseguirlos efectivamente. Sin embargo, todas las instituciones del sector justicia defendieron el rompimiento del orden constitucional, avalaron las graves violaciones a los derechos humanos denunciadas y pusieron su actuación al servicio del gobierno de facto⁴⁰. De esta manera, se realizaron procedimientos con el objetivo de sustraer a los responsables de la justicia penal. Dichos procesos carecían de requisitos básicos, tales como independencia e imparcialidad. Un ejemplo es el juicio incoado a finales de 2009 contra los miembros de la Junta de Comandantes que ejecutaron el golpe de Estado, cuyo resultado fue el sobreseimiento definitivo de los involucrados. Así mismo, la ley de Amnistía decretada en 2010, que además fue uno de los primeros actos de gobierno de Porfirio Lobo, y cuya ambigüedad facilitó la obstrucción del esclarecimiento, enjuiciamiento y sanción de los responsables intelectuales y materiales de las violaciones a derechos humanos, dejándolas en total impunidad⁴¹.

Aunque las autoridades hondureñas señalan que el decreto de amnistía no se aplica a hechos relativos a violaciones de derechos humanos, en varios casos el Poder Judicial, particularmente los tribunales de primera instancia y de apelaciones, tienden a imponer criterios marcadamente restrictivos de evaluación de la prueba y de imputación, y aplican indebidamente dicho decreto para sobreseer o absolver a policías y militares, cuyas actuaciones fueron lesivas a los derechos humanos. Con ello se ha garantizado un estado de impunidad general en el marco del golpe de Estado⁴². Este hecho ha contribuido a que los crímenes y violaciones a derechos humanos

40. Comisión de la Verdad y la Reconciliación, *Para que los hechos no se repitan... op. cit.*, p. 368.

41. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *CIDH manifiesta preocupación por Decreto de Amnistía en Honduras*. Comunicado N° 14/10, Washington, 03 de febrero de 2010.

42. Comisión de la Verdad y la Reconciliación, *Para que los hechos no se repitan... op. cit.*, pp. 349, 356, 358, 361, 368 y 374.

se sigan cometiendo. De esta manera se ha alimentado el miedo en la sociedad, sobre todo en la oposición política, y se ha impedido la plena realización del Estado de Derecho y la Democracia⁴³.

La ausencia de una investigación y sanción judicial efectiva desvirtúa el presupuesto de que el Estado hondureño tiene la voluntad y la capacidad de perseguir penalmente los crímenes de lesa humanidad cometidos y de castigar a los responsables. Pero, además, la falta de voluntad y capacidad se refleja en la inexistencia de una política criminal o judicial y de una normativa adecuada para perseguir tales crímenes⁴⁴. En concreto, a partir del golpe de Estado, la falta de voluntad del Estado de Honduras para perseguir estos crímenes se evidencia en la ineficacia de los recursos judiciales⁴⁵; en la falta de independencia del Poder Judicial y la evidente aplicación e interpretación desigual y discriminatoria de la ley. A eso se suma el respaldo que muchos fiscales, jueces y magistrados han dado al gobierno de facto mediante la defensa de medidas restrictivas que vulneran derechos fundamentales⁴⁶.

Por otra parte, el Estado hondureño también demuestra su incapacidad al no haber realizado acciones concretas encaminadas a cumplir con su obligación internacional de modificar y adaptar la legislación interna a las disposiciones del Estatuto de Roma, a pesar de que han pasado más de diez años desde su ratificación. El Estado no avanza en la tipificación de los delitos de competencia de la Corte; tampoco en la tipificación de delitos contra la administración de justicia, es decir, de acciones que puedan obstaculizar y/o entorpecer la actividad de los tribunales, de acuerdo con el artículo

43. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas*, 07 de marzo de 2006, párr. 140.

44. AMBOS, Kai, *Derecho y proceso penal internacional. Ensayos críticos*, Fontamara, México, 2008, pp. 97-98.

45. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Honduras: Derechos humanos y golpe de Estado*, 30 de diciembre de 2009, pp. 2 y 146-148, párrs. 6 y 551, 558-559.

46. OACNUDH. *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos... op. cit.*, p. 16, párr. 68.

70.4 del Estatuto de Roma. El Estado tampoco muestra avances en la adopción de medidas que garanticen la asistencia y cooperación judicial con la CPI u otros Estados, en los términos de los artículos 86, 87 y 88 del Estatuto⁴⁷.

Insistimos en la importancia de que el propio Estado de Honduras haya reconocido, a través del informe de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación, que se han cometido crímenes de lesa humanidad, pero no tiene la capacidad y/o voluntad de perseguir a los responsables de los mismos, ya que existe un grave problema de impunidad debido a la inoperancia del sistema de justicia en su conjunto. Por tal razón, en el marco del Examen Periódico Universal ante el Consejo de Derechos Humanos, solicitó a la Organización de las Naciones Unidas la creación de una comisión internacional contra la impunidad⁴⁸.

Bajo estos parámetros, el Estado hondureño ha demostrado su falta de voluntad y capacidad para vencer los obstáculos jurídicos y fácticos que le permitan perseguir penalmente y castigar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad cometidos desde el golpe de Estado. La OTP tiene el deber ineludible de actuar de acuerdo con las atribuciones que le han sido otorgadas por el Estatuto de Roma. Bajo el principio de complementariedad, y en tanto que el Estado hondureño no quiere o no puede juzgar a los supuestos responsables de delitos de lesa humanidad cometidos en su territorio, la CPI no puede continuar postergando el derecho de las víctimas a obtener justicia.

4. COLOFÓN

La historia indica que Honduras es un país donde la impunidad ha brindado espacio para la repetición de nuevos crímenes y viola-

47. Cfr. AMBOS, Kai, *Derecho y proceso penal internacional...* op. cit., p. 98.

48. Consejo de Derechos Humanos de ONU. *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Honduras*. 16º período de sesiones, Ginebra, 4 de enero de 2011, párr. 42.

ciones a derechos humanos. En un Estado donde los responsables se constituyen, incluso, en autoridades gubernamentales, y donde actualmente el sistema de justicia ha dado muestras claras de no tener la voluntad de juzgar, la CPI podría cumplir un rol vital en la deducción de responsabilidad penal individual en la lucha contra la impunidad.

Aunque la OPT mantiene abierto el examen preliminar, el reporte emitido en noviembre de 2013 ha tenido el efecto contrario a su función preventiva y disuasiva del crimen⁴⁹. En lugar de motivar a las autoridades gubernamentales a la realización de la justicia y el cumplimiento de los compromisos que se derivan del Estatuto de Roma, el examen preliminar ha provocado un peligroso envalentamiento de quienes figuran como denunciados, tanto en la esfera estatal como en la esfera particular. Así como los recursos públicos y el aparato estatal fueron utilizados para cometer y encubrir el golpe de Estado y los crímenes denunciados, ahora se utilizan para hacer ver ante la opinión pública que el examen preliminar de la OTP es una decisión final que favorece al Estado y a las autoridades hondureñas denunciadas. De esta manera, buscan limpiar la imagen del país y eludir la responsabilidad penal de manera definitiva.

Por ello, la OTP todavía tiene en sus manos la posibilidad de enviar un mensaje contundente a toda la institucionalidad hondureña, mediante la continuidad de una investigación más comprometida. Para el movimiento de derechos humanos hondureño, que la OTP mantenga abierto el examen preliminar representa una nueva oportunidad para intentar recolectar pruebas, datos y análisis objetivos que, a la luz del derecho internacional, permitan a la OTP concluir que los crímenes cometidos en Honduras son de competencia de la CPI.

49. The Office of the Prosecutor, *Policy Paper on Preliminary Examinations... op. cit.*, pp. 24-25, para. 106. The Office may also issue public, preventive statements in order to deter the escalation of violence and the further commission of crimes, to put perpetrators on notice, and to promote national proceedings, as it has done with respect to Georgia, Kenya, Guinea, South Korea, Nigeria, Côte d'Ivoire and Mali.

Insistimos en que esta nueva oportunidad requiere de una articulación nacional del movimiento de derechos humanos que impulse un trabajo coordinado y supere las limitaciones en la documentación, sistematización, análisis y remisión de información técnicamente apropiada, que ofrezca a la OTP los insumos necesarios para que encuentre la base razonable que, hasta ahora, ha indicado parece ser insuficiente a la luz de las pruebas aportadas y el análisis realizado. Sin duda, el cierre definitivo del examen preliminar traería consigo un impacto político y jurídico extremadamente perjudicial para la lucha contra la impunidad, la realización de la justicia y el fortalecimiento del Estado de derecho. Sobre todo se vería gravemente menoscabada la dignidad de miles de víctimas. Y, además, se vería incumplido el ideal bajo el cual el Estatuto de Roma fue creado, que es la esperanza y la garantía de no repetición impune de los crímenes más atroces contra la humanidad. El sistema hondureño ha demostrado su intención de sustraer a los responsables de la justicia; por eso es precisa la intervención de la justicia penal internacional. La esperanza y el derecho a la justicia de las víctimas en Honduras es una tarea que actualmente continúa en manos de la CPI.

IV

LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LA SITUACIÓN EN MÉXICO. HACIA LA REFORMULACIÓN DEL CONCEPTO DE «CONFLICTO ARMADO DE ÍNDOLE NO INTERNACIONAL»

Netzaí Sandoval Ballesteros

*La idea de lograr seguridad a través de armamento
es, en el estado presente de la técnica militar,
una desastrosa ilusión.*

ALBERT EINSTEIN

INTRODUCCIÓN

A partir de 2006, Felipe Calderón declaró una guerra contra los cárteles de la droga que llegó a desplegar a 50 mil soldados a lo largo del territorio nacional¹. Este conflicto armado causó, según datos oficiales, 70 mil muertes en solo seis años². Organizaciones civiles internacionales han afirmado, sin embargo, que los datos oficiales subestiman la magnitud del conflicto y que los asesinatos derivados del mismo llegan a 116 mil, solamente durante su gobierno³. En

1. Human Rights Watch, *Ni Seguridad, Ni Derechos: Ejecuciones y tortura en la Guerra contra el narcotráfico en México*, Informe especial, HRW, México, 2011. Accesible en <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/mexico1111spwebwcover.pdf>

2. Miguel Ángel Osorio Chong, secretario de Gobernación del gobierno de Enrique Peña Nieto, dio a conocer esta cifra en febrero de 2013.

2012 las dos guerras más violentas en el mundo ocurrieron en Siria con 55 mil muertos, seguida de la guerra en México, que causó la muerte de al menos 12 mil personas en tan solo un año⁴.

México, junto con Chile, Colombia y Brasil, es uno de los cuatro países con mayor gasto militar en América Latina. De estos cuatro es el único que ha incrementado año con año su gasto, pese a la crisis económica mundial. Incluso los Estados Unidos de América redujeron su gasto en la materia en 2011. Mientras que América Latina aumentó su gasto militar en 4.2%, en 2012, México lo incrementó en 9.7%; es decir, más del doble del promedio en la región⁵. En noviembre de 2011, más de 23 mil ciudadanos acudimos a la OTP de la CPI para comunicar información sobre la posible comisión de crímenes de guerra y de lesa humanidad en México, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Estatuto de Roma.

Esta petición se presentó mientras en México se vivían algunas de las movilizaciones sociales más grandes de la historia de nuestro país. Durante todo 2011, pero especialmente a partir del mes de abril, irrumpió en la escena nacional el llamado Movimiento por la Paz con Justicia y Dignidad, encabezado especialmente por el poeta Javier Sicilia —cuyo hijo Juan Francisco fue asesinado en el contexto de la guerra de las drogas en México—, convocando a protestas masivas contra las desapariciones forzadas, la violencia, la estrategia de guerra del gobierno, la corrupción, la impunidad y las ejecuciones extrajudiciales.

Estos esfuerzos no son los únicos que han alertado sobre la gravedad de la crisis humanitaria que vive México. En 2011, Navi Pillay, Alta Comisionada de Naciones Unidas para Derechos Hu-

3. CRUZ SANTIAGO, Claudia, CRUZ SANTIAGO, Carlos Alberto, FUMARULO, Stefano, *et al.*, *México la guerra invisible. Historias, cifras y negocios de los carteles criminales y la impunidad de las mafias mexicanas*, Libera, 2012, p. 6.

4. Heidelberg Institute for International Conflict Research, *Conflict Barometer*, 2012.

5. Datos del Stockholm International Peace Research Institute (SIPRI), *Yearbook* 2013.

manos, quien además fungió como presidenta del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y como jueza en la CPI, calificó como «preocupante» la situación en México, pues los migrantes son blanco de gran número de asesinatos y secuestros. Señaló también, ese mismo año, que el gobierno debió esclarecer si funcionarios públicos son cómplices en las desapariciones y alertó sobre la gravedad de casos como el secuestro de cuarenta migrantes en diciembre de 2010.

De acuerdo con cifras de Gabriele Vestri, en México hay 400 mil migrantes, de los cuales 350 mil se vuelven presa fácil del crimen organizado. Esto resulta todavía más grave si se toma en cuenta que los funcionarios públicos intentan hacer pasar las desapariciones forzadas como secuestros⁶. El Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes de la ONU afirmó, en 2009, que

la impunidad por las violaciones de los derechos humanos de los migrantes es un fenómeno generalizado. Con la omnipresencia de la corrupción en todos los niveles del gobierno y la estrecha relación de numerosas autoridades con las redes de bandas, la extorsión, las violaciones y las agresiones contra los migrantes continúan⁷.

El Tribunal Permanente de los Pueblos (TPP), en agosto de 2013, destacó que autoridades del Estado mexicano son corresponsables de una política de exterminio que ha resultado en violaciones graves, masivas y recurrentes de la normatividad internacional. Afirmó que esos hechos se tienen que abordar como crímenes de Estado y crímenes de lesa humanidad. Condenó especialmente la Masacre de San Fernando de agosto de 2010, las fosas clandestinas descubiertas en ese mismo municipio en abril de 2011, la Masacre

6. Gabriele Vestri, conferencia impartida en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 17 de septiembre de 2013. Académico de la Universidad de Pablo Olavide, en Sevilla, España.

7. *Informe presentado por el Relator especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, Sr. Jorge Bustamante, sobre su misión a México* (9 a 15 de marzo de 2008).

de Cadereyta en mayo de 2012, así como las redadas, amenazas y acoso contra los defensores de migrantes en tránsito y los albergues en todo el país⁸.

Pero las denuncias sobre los crímenes contra migrantes —que podrían constituir un crimen de lesa humanidad— no son la única alerta sobre violaciones generalizadas y sistemáticas a derechos humanos. El Comité contra la Tortura de Naciones Unidas afirmó en 2012 que

Preocupan gravemente las informaciones concordantes en el sentido de que durante el período anterior a la entrega al Ministerio Público se infligen torturas y malos tratos a los detenidos con el fin de obtener confesiones forzadas y declaraciones auto inculpatorias que posteriormente son utilizadas para encubrir diversas irregularidades cometidas en la detención⁹.

Human Rights Watch señaló que la estrategia de Felipe Calderón no sólo no ha logrado reducir la violencia, sino que además ha generado un incremento drástico de las violaciones graves de derechos humanos, que casi nunca se investigan adecuadamente¹⁰. La organización suiza Track Impunity Always (TRIAL) ha señalado que Julián Leyzaola —encargado de la seguridad pública en municipios especialmente conflictivos de los Estados de Chihuahua y Baja California—, ha cometido delitos en contra de la humanidad,

8. Sesiones del Tribunal Permanente de los Pueblos (TPP) realizada en la sede de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CD-HDF) en la Ciudad de México, en agosto 2013. Es pertinente recordar que el TPP fue la primera instancia internacional que desde 1984 caracterizó el terrorismo de Estado del régimen de Ríos Montt en Guatemala como genocidio contra los pueblos indígenas, hecho que ya fue ratificado por las instancias jurisdiccionales.

9. Comité contra la Tortura. *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de México*. Adoptadas por el Comité contra la Tortura en su 49º período de sesiones (29 de octubre a 23 de noviembre de 2012).

10. Human Rights Watch, *Ni Seguridad, Ni Derechos... op. cit.*

como tortura y desaparición forzada tanto en Ciudad Juárez como en Tijuana¹¹.

Por otro lado, entre el 13 y 14 de enero fueron asesinados civiles a manos del Ejército Mexicano, en Michoacán en Antúnez, municipio de Parácuaro. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (Ombudsman mexicano) señaló que dichas muertes fueron provocadas por elementos del Ejército Mexicano¹². Esto demuestra que las violaciones a derechos humanos siguen vigentes y no se detuvieron con el cambio de partido en el gobierno federal. Es complejo demostrar que existe una política o una conducta sistemática de violaciones al derecho internacional humanitario por parte de instituciones dedicadas a la seguridad pública. Sin embargo, existen indicadores que se utilizan desde hace años para evaluar si puede presumirse una práctica sistemática o generalizada en ese sentido.

En materia de ejecuciones extrajudiciales, se sabe que cuando la cantidad de civiles llega al grado de superar diez o quince veces la cantidad de muertos de las fuerzas de seguridad (durante operativos), esto constituye un indicador que apunta a que las corporaciones estatales ya no usan la fuerza letal para fines legítimos, como la protección de la vida en circunstancias extremas¹³. Por aterrador que pueda resultar, esta situación se presenta en México. El Ejército mata en sus «enfrentamientos» 18 veces más civiles que las bajas que sufre¹⁴. En el caso de la Marina, esta cifra es todavía más escalofriante, pues priva de la vida 34.5 veces más a civiles que las bajas que sufre durante tales «enfrentamientos». Estas no

11. Incluso el ayuntamiento de Tijuana ha informado que inhabilitó a Leyzaola durante ocho años para ocupar puestos públicos por las acusaciones de tortura en su contra. La Comisión Nacional de Derechos Humanos lo señaló en la recomendación 87/2011.

12. Véase, <http://aristeguinoticias.com/1401/mexico/cndh-investiga-muerte-de-4-civiles/>

13. CHEVIGNY, Paul, «Police Deadly Force as Social Control: Jamaica, Brazil and Argentina», en *Série Dossie Núcleo de Estudos da Violencia*, núm. 2, Universidad de São Paulo, 1991, p. 10.

14. Datos oficiales del vocero de la Secretaría de la Defensa Nacional, general Ricardo Trevilla Trejo, 20 de diciembre de 2011.

son cifras compatibles con corporaciones que realizan funciones para restablecer el orden, sino que alertan sobre «el posible uso excesivo de la fuerza» en que incurren¹⁵.

Los datos también alertan sobre la visión con la que las fuerzas federales han acometido la «guerra contra el narco», pues se suelen presentar como logros destacables por el grado de eficiencia de los militares. La actitud de aniquilamiento del enemigo únicamente puede presentarse porque el ejército considera que está librando una guerra en el contexto de un conflicto armado interno. El gobierno de Estados Unidos utilizó una política, conocida como *body count*, para esconder la cantidad de muertos civiles ajenos al conflicto que estaba ocasionando en Vietnam y hacerlos pasar como combatientes que morían en batalla: «Una variante algo más sofisticada estaba constituida por la «tasa de muertes»», que no era sino la comparación de los caídos por cada bando. Según la propaganda que fue ampliamente difundida en la época, la relación solía ser de diez a uno a favor del ejército invasor, porque los estrategas confiaban en que el Vietcong y el Ejército Popular de Vietnam serían derrotados a partir del desgaste de sus fuerzas, no solamente en batalla, sino a golpes de propaganda. Hay ejemplos perfectamente documentados: por ejemplo, se exhibía ante los medios a diez cadáveres de supuestos guerrilleros comunistas, y se informaba que habían sido muertos otros veinte, y tal vez heridos cuarenta más. La inflación mediática de las bajas reales incluía aldeas enteras con 500 habitantes, por ejemplo, pero al revisar a cuatro «enemigos» o «bajas» que estaban en un hospital por quemaduras de napalm, resulta que las internas eran mujeres campesinas¹⁶.

Es posible que alguna persona intentara contra-argumentar

15. SILVA FORNÉ, Carlos, PÉREZ CORREA, Catalina y GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo, «Uso de la fuerza letal. Muertos, heridos y detenidos en enfrentamientos de las fuerzas federales con presuntos miembros de la delincuencia organizada», en *Desacatos*, núm. 40, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social México, septiembre-diciembre 2012, pp. 47-64.

16. REVELES, José, *Levantones, narcofosas y falsos positivos*, Grijalbo, México, 2011, p. 92.

frente a las pruebas que aquí ofrecemos, que los datos estadísticos y las probabilidades no son suficientes para demostrar indubitablemente la existencia de una orden para cometer crímenes contra la humanidad. Sin embargo, es necesario recordar, junto con Michele Taruffo, que las probabilidades permiten orientar la selección de hipótesis para resolver un caso:

La constatación de la correspondencia sustancial entre el problema del juicio de hecho y la idea fundamental de la probabilidad como relación lógica entre una hipótesis y los elementos que la confirman es muy importante porque permite tomar la dirección correcta en el análisis del juicio de hecho y de la valoración de las pruebas en el contexto del proceso¹⁷.

Existen dos explicaciones racionales para que la «tasa de muertes» o «índice de letalidad» sea superior en México (18 y 34.5) a la ostentada por los Estados Unidos de América (10) en el contexto de la guerra de Vietnam. La primera es que el gobierno mexicano está tratando de presentar muertes de civiles ajenos al conflicto como «bajas» infligidas a los narcotraficantes. Esta es precisamente la tesis que sostiene José Reveles. Podría denominarse como la coartada de los «falsos positivos», tan conocida en Colombia, y que constituye un crimen por el asesinato de civiles¹⁸. La otra explicación es que los muertos puedan ser realmente narcotraficantes, pero que no se encontraban en combate, pues de otra forma las bajas militares tendrían que ser mucho mayores. Esa tesis implica que el ejército ha sido autorizado para realizar ejecuciones extrajudiciales. La pregunta sería ¿quién dio esa autorización? Las pruebas estadísticas ofrecidas permiten descartar la hipótesis que afirma que en nuestro país simplemente existe un problema de seguridad pública que se enfrenta con los instrumentos ordinarios al alcance de cualquier

17. TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 3ª ed., 2009, p. 237.

18. REVELES, José, *Levantones, narcofosas... op. cit.*

gobierno democrático y civilizado. En cualquiera de las dos hipótesis, que sí son compatibles con los datos estadísticos, las cifras muestran que en México se cometen crímenes competencia de la CPI.

1. NUREMBERG Y LA NATURALEZA CAMBIANTE DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

El surgimiento del Derecho Penal Internacional tiene una importancia superlativa en la moderna concepción del Derecho. Para analizar el debate entre positivistas e iusnaturalistas, Carlos Santiago Nino, en su libro *Introducción al análisis del Derecho*, parte del análisis de una hipotética sentencia dictada durante los juicios de Nuremberg¹⁹. La importancia del Holocausto para la humanidad también ha sido puesta de relieve por otros autores, entre ellos Gustavo Zagrebelsky, quien señala que:

Auschwitz no es un hecho histórico como tanto otros, sino un evento de la autoconciencia humana, una sombra que pesa en la consideración que el hombre pueda tener de sí mismo... Auschwitz es un suceso bivalente. Nos muestra lo que nunca debió haber sucedido de acuerdo con la idea que tenemos de nosotros mismos, pero nos muestra que sucedió. Y sucedió porque así lo quisieron los propios hombres. En la naturaleza humana hay horror por Auschwitz, pero en ella están también las causas que lo produjeron²⁰.

Es evidente que la construcción social que denominamos «Derecho» ha cambiado a lo largo de los años y que se ha transformado su concepción en puntos clave con el surgimiento del Derecho Penal Internacional (que puede identificarse durante los juicios de Nurem-

19. SANTIAGO NINO, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2ª ed., 2003, p. 18.

20. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 10ª ed., 2011, p. 106.

berg). Específicamente, puede afirmarse que las tesis formalistas, que únicamente admitían evaluaciones sobre el derecho a partir de criterios formales o procedimentales, han quedado bastante desvencijadas y han sido mayoritariamente sustituidas por posturas como el positivismo incluyente, que admite que la obligatoriedad del Derecho debe atender a criterios de validez material sustentados en normas-principio de derechos humanos.

La admisión de la mutabilidad histórica del derecho y la incorporación, desde Nuremberg, de un criterio material para la evaluación o sanción de los actos a la luz de principios jurídicos, constituye un sustento esencial para la petición que presentamos ante la CPI. Hoy en día es debatible que los grupos del crimen organizado y los gobiernos, que emplean técnicas propias del terrorismo de Estado para combatirlos, puedan ser sancionados bajo las normas del Derecho Penal Internacional. Hace siete décadas era también muy discutible si un grupo de funcionarios podía ser sancionado por haber cometido un genocidio, cuando las reglas jurídicas no prevenían expresamente su punibilidad. Actualmente es evidente en todo el mundo, e incluso es parte del llamado *Jus Cogens* (derecho inderogable por la voluntad de las partes en el derecho internacional), que debe existir sanciones en contra de cualquier agrupación que incurra, apoye o promueva la práctica del genocidio.

Estamos seguros de que dentro de algunas décadas también será evidente que los gobiernos y los grupos criminales que incurren en prácticas que violan los más elementales estándares humanitarios y atentan contra la dignidad de las personas —como la tortura, la desaparición forzada, las ejecuciones extrajudiciales, la amputación, el reclutamiento de niños, la violencia sexual como instrumento de represión— deben ser juzgados ya sea en sus países o en tribunales internacionales, por la comisión de delitos en contra de toda la humanidad. El Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional se han admitido poco a poco a partir de grandes esfuerzos, exigencias y luchas de quienes los impulsaban. Cuando el DIH surgió en 1864, en Ginebra, era apenas un acuerdo para evitar un poco el sufrimiento de los heridos de guerra y establecer

la obligación de los servicios sanitarios de atender a los heridos de cualquiera de los bandos en conflicto. En el siglo XX, esta misma protección se amplió a los militares heridos en conflictos armados ocurridos en el mar²¹.

En 1929, el Comité Internacional de la Cruz Roja persuadió a los gobiernos de aprobar un nuevo Convenio de Ginebra, a fin de prestar mayor protección a los prisioneros de guerra. Cuando finalizó la segunda guerra mundial se admitió la necesidad de proteger a los civiles y, en 1949, se añadió un cuarto Convenio con este propósito. Asimismo, se aprobó una revisión de los tres primeros convenios. Como se observa, el Derecho Internacional Humanitario evoluciona. Prácticamente ninguna rama del Derecho en el mundo permanece estática. El Derecho es un instrumento que expresa las luchas y las fuerzas que existen en la sociedad, tal como diría Rudolf Von Ihering:

Todo derecho en el mundo debió ser adquirido por la lucha; esos principios de Derecho que están hoy en vigor ha sido indispensable imponerlos por la lucha a los que no los aceptaban, por lo que todo derecho, tanto el derecho de un pueblo, como el de un individuo, supone que están el individuo y el pueblo dispuestos a defenderlos²².

En 1977 se aprobaron dos protocolos adicionales. El Protocolo I es aplicable en conflictos armados internacionales y, el II, en conflictos internos, lo que vino a desarrollar y complementar las disposiciones del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra. Muchas personas han temido que reconocer que en México deben aplicarse los principios del Derecho Internacional Humanitario y castigarse las violaciones mediante la Corte Penal Internacional, puede implicar darle a los cárteles de la droga un reconocimiento

21. Segunda Convención de Ginebra de 1906.

22. IHERING, Rudolf Von, *La lucha por el Derecho*, trad. Adolfo González Posada, Heliasta, Buenos Aires, 1993, p. 8

especial, semejante al de «parte beligerante»²³. Se trata de un temor infundado. El párrafo cuarto del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra establece claramente que la aplicación de las disposiciones humanitarias que se contemplan para los conflictos armados, que no son de índole internacional, «no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto». Es decir, en ningún caso se estaría otorgando una calidad especial o protegida a los narcotraficantes en México.

Está perfectamente establecido por el Derecho Internacional Humanitario que su aplicación no puede usarse para menoscabar la soberanía de un Estado, ni la responsabilidad del gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden. En México nadie cuestiona el deber de las autoridades de mantener el orden y llevar a prisión a quienes cometen crímenes. Lo que se cuestiona es el «derecho» del gobierno de ordenar ejecuciones extrajudiciales (generales del Ejército han ordenado esta práctica), de torturar en cuarteles para obtener confesiones, de usar al ejército en tareas de seguridad pública, de encubrir las violaciones sexuales cometidas por soldados y los asesinatos en contra de civiles. Resultaría extraño que nadie cuestionara estas prácticas. El reconocimiento de «parte beligerante» se ha convertido realmente en un instrumento diplomático y político que carece de efectos vinculantes para el DIH y el derecho penal internacional.

Es cierto que México no ha ratificado el segundo Protocolo de 1977, que amplía la protección contemplada en el artículo 3 común. Compartimos ese «honor» con países como Nepal, Pakistán, Somalia y, por supuesto, los Estados Unidos de América. Sin embargo, México sí firmó y ratificó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que también prevé limitaciones aplicables a los conflictos armados internos, así como las sanciones a quienes agreden a la

23. Sobre la obsolescencia del concepto de «beligerancia», ver TAYL-HARDAT, Adolfo R., «Impacto del reconocimiento de la beligerancia sobre la internacionalización del conflicto armado en Colombia. Consecuencias para la guerrilla y para el gobierno», en *Revista IESA*, vol. 5, Nº 3, enero-marzo 2008.

población civil en el contexto de estos conflictos no internacionales. Así, la protección humanitaria que prevén tratados como las convenciones de Ginebra, sus protocolos adicionales y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se ha extendido poco a poco, gracias a la presión internacional y el esfuerzo de organizaciones civiles que luchan por los derechos humanos en el mundo.

El propio Jean Pictet sostuvo que la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, y particularmente la interpretación del concepto «conflicto armado no internacional», deben ser tan amplias como sea posible, dado que con ello no incrementa —en lo más mínimo— la autoridad del grupo armado que enfrenta al Estado²⁴. Se comprende así que pedir la aplicación de estos principios en México, simplemente significa demandar respeto a ciertas reglas que son ya reconocidas como esenciales en los denominados «países civilizados». Quienes sostienen que en ningún caso debe ampliarse la aplicación del Derecho Internacional Humanitario a situaciones como las que ocurren en México, muestran que conservan una visión a-histórica del Derecho, que supone que el marco jurídico no cambia ni evoluciona. Suponen que la función de los abogados y jueces (nacionales o internacionales) es aplicar estrictamente lo que ya establecen las leyes; ellos nunca lucharían por interpretaciones nuevas que amplíen la protección de los derechos humanos de las personas.

2. LOS CRÍMENES COMETIDOS EN MÉXICO

El 25 de noviembre de 2011, con el respaldo de los 23 mil ciudadanos mexicanos que hasta ese momento habían firmado la comunicación de información, tuve una entrevista con personal de la Unidad de Información y Evidencia de la OTP, en la sede de la Corte Penal Internacional en la Haya, Países Bajos. A partir de ese momento comenzamos a suministrar información directamente ante la OTP. Durante dos años hemos enviado información adicional,

24. PICTET, Jean, *Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949 relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, International Committee of the Red Cross, Ginebra, 1956.

documentos oficiales del gobierno federal, testimonios, informes, reportajes, estudios de organizaciones internacionales y bases de datos. En este apartado trataremos de hacer una breve síntesis para que el lector pueda entender por qué consideramos —junto con organizaciones no gubernamentales, organismos internacionales, algunas voces oficiales del propio gobierno y la sociedad en general— que México vive una crisis humanitaria de enormes proporciones.

a) El clima de impunidad

Antes de narrar casos, tomemos en cuenta que el gobierno de México ha garantizado una sistemática impunidad frente a las masivas violaciones de derechos humanos. Por ejemplo, en 2013, la Secretaría de la Defensa Nacional (SEDENA) informó que ha iniciado siete investigaciones por el delito de desaparición forzada, cinco de las cuales continúan en etapa de investigación; una fue consignada a un juzgado militar (que resulta incompetente y constituye un nuevo incumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que han reiterado que el fuero militar no debe juzgar estos delitos), y únicamente un caso fue consignado a la Procuraduría General de la República (PGR)²⁵.

Las cifras de la SEDENA resultan especialmente insultantes, si se toma en cuenta que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha informado que cuenta con pruebas de la participación de servidores públicos en 2 mil 443 casos de desaparición forzada en México, entre 2005 y 2013²⁶. Es decir, en México no se investiga ni el 1% de los casos de desaparición forzada que cometen los agentes del Estado. Es por ello que las sanciones son inexistentes. La política de impunidad que prevaleció en el sexenio anterior se

25. Solicitud de acceso a la información pública N° de folio 0000700165912 con fundamento en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

26. Ombudsman Dr. Raúl Plascencia, Foro Internacional sobre Desaparición Forzada, 5 de junio de 2013.

puede destacar con algunas cifras contundentes. Entre diciembre de 2006 y enero de 2011 la PGR inició solamente 997 investigaciones (averiguaciones previas) por homicidios²⁷. Sin embargo, la propia SEDENA reconoce 2,268 presuntos delincuentes fallecidos en «enfrentamientos» con soldados en el periodo de diciembre de 2006 a 2011²⁸. A este dato habría que sumar la cantidad de personas que fallecieron en enfrentamientos con la Marina y con la Secretaría de Seguridad Pública (SSP). La ausencia de cifras oficiales hace muy difícil el análisis de la situación real en México. Afortunadamente, un estudio académico realizó un seguimiento puntual, de enero de 2008 a mayo de 2011, a los índices de letalidad de las corporaciones federales y apunta que, únicamente en ese periodo, la SSP habría «abatido» a 84 presuntos delincuentes y la Marina a 69²⁹.

Con estas cifras verificadas —limitadas a dos años y medio—, sumadas a las cifras oficiales de la SEDENA, podemos afirmar, con un cálculo muy conservador, que en los primeros cinco años del gobierno de Felipe Calderón, las fuerzas bajo su mando privaron de la vida al menos a 2,421 personas. Pese a ello, la fiscalía federal (también bajo el mando de Calderón) únicamente inició investigaciones en 997 casos. Esta diferencia resulta injustificable. Aunque al finalizar las investigaciones la PGR concluyera que las fuerzas federales actuaron en «legítima defensa», las investigaciones deben realizarse. Jurídicamente resulta inaceptable que las corporaciones federales priven de la vida a personas y se decida que no existirán investigaciones al respecto. Este tipo de decisiones genera, a todas luces, responsabilidades de tipo penal y/o administrativo para quienes definieron un prejuicio y una política de impunidad por las muertes ocasionadas a manos de militares.

Human Rights Watch documentó que de todas las investigacio-

27. Human Rights Watch, *Ni Seguridad, Ni Derechos... op. cit.*

28. Datos oficiales del vocero de la Secretaría de la Defensa Nacional, general Ricardo Trevilla Trejo, 20 de diciembre de 2011.

29. «Uso de la fuerza letal. Muertos, heridos y detenidos en enfrentamientos de las fuerzas federales con presuntos miembros de la delincuencia organizada»... *op. cit.*, pp. 47-64.

nes de violaciones de derechos humanos, cometidas por soldados contra civiles entre 2007 y junio de 2011 —es decir, donde existen denuncias oficiales y pruebas contra los soldados— solamente existen condenas en el 0,5 por ciento de los casos³⁰. Otro dato de alarmante impunidad se encuentra en Ciudad Juárez, Chihuahua. Existen 6 mil asesinatos realizados con rifles AK-47, que no fueron investigados por nadie desde hace años, pues la PGR argumenta que el delito es del fuero común. La fiscalía local señala que las armas usadas son de uso exclusivo del ejército y es, por tanto, asunto federal. En el fondo, ambas afirmaciones son correctas y lo ortodoxo sería abrir dos investigaciones distintas (a pesar de lo poco eficiente que resultaría). Sin embargo, hasta la fecha, ambas instituciones prefieren ignorar los casos. Donde debería haber 12 mil investigaciones, los mexicanos tenemos cero. Estas discusiones podrían resolverse fácilmente, pues la PGR tiene facultades de atraer los casos locales, mientras que lo contrario no es posible.

Por otro lado, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (Ombudsman mexicano) emitió una recomendación general, señalando a los fiscales de México (Procuradurías de Justicia de diversos ámbitos de gobierno), que las deficiencias en la investigación de los delitos en México es tan grave que:

La circunstancia anterior se ha hecho patente en las diversas quejas recibidas por este organismo nacional, las cuales aluden a la dilación que existe en el trámite de las averiguaciones previas, las cuales en un porcentaje superior al 90% se envían al archivo o a la reserva por no estar acreditados los elementos constitutivos del delito, pero que también denotan una falta de actividad por parte de los agentes del ministerio público, al dejar la carga de la prueba a la víctima u ofendido, circunstancia que propicia en el porcentaje mencionado un favorecimiento a la impunidad³¹.

b) *Tortura*

30. Human Rights Watch, *Ni Seguridad, Ni Derechos... op. cit.*, p. 11.

31. Recomendación General N° 16 de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, p. 10, Anexo.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos remitió un informe muy preocupante al Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, en el que señaló que existe un «notable crecimiento» de la práctica de la tortura en México. Reportó 7 mil 253 casos de tortura en los que contaría con indicios de participación de servidores públicos³². No es posible detectar una disminución clara de violaciones a derechos humanos en el país. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha emitido múltiples recomendaciones nuevas denunciando, por ejemplo, actos de tortura a cargo de fuerzas federales como lo demuestran las recomendaciones 11/2013, 12/2013, 15/2013, 16/2013, 18/2013, 19/2013, 21/2013, 27/2013, 37/2013, 39/2013, 41/2013 y 49/2013.

La tortura practicada en cuarteles militares a manos de miembros del ejército también demuestra que las violaciones a derechos humanos cometidas por las fuerzas de seguridad no son accidentes. Se trata de prácticas sistemáticas —que se realizan siguiendo un procedimiento preestablecido— que, al no ser sancionadas por el Estado mexicano, se han institucionalizado y normalizado. Existen múltiples recomendaciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos que documentaron la práctica de tortura a cargo de miembros del ejército. La más importante de ellas, tal vez, sea la recomendación 87/2011 pues, además de exigir a las fuerzas armadas que dejen de trasladar a los detenidos a instalaciones militares, documentó expresamente un patrón de detenciones arbitrarias y tortura.

Human Rights Watch comprobó que las fuerzas de seguridad aplican torturas sistemáticamente para conseguir que los detenidos confiesen mediante coerción o proporcionen información sobre los cárteles de la droga³³. Durante una investigación en tan solo cinco entidades federativas de las 32 del país, Human Rights Watch obtuvo pruebas de tortura en más de 170 casos, en los que los miembros

32. Informe con motivo del Examen Periódico Universal al que sería sometido México, 2013.

33. Human Rights Watch, *Ni Seguridad, Ni Derechos... op. cit.*

del Ejército Mexicano emplearon tácticas como golpizas, asfixia con bolsas de plástico, asfixia por ahogamiento, descargas eléctricas, tortura sexual y amenazas de muerte, tal como lo documenta el informe «Ni seguridad, ni derechos: ejecuciones y tortura en la Guerra contra el narcotráfico en México». La Comisión Nacional de los Derechos Humanos probó que soldados del 1/er. Batallón de Fuerzas Especiales comisionados en la Base de Operaciones de Huetamo, Michoacán, retuvieron ilegalmente y torturaron a una víctima: lo patearon en el estómago y en los testículos. Posteriormente, lo subieron a un vehículo militar en el que lo desnudaron, continuaron los golpes, lo amenazaron con violarlo y lo acusaron de participar en un secuestro³⁴.

En Ciudad Juárez, Chihuahua, se violaron los derechos humanos de una persona, por parte de elementos del Ejército Mexicano, quienes ingresaron a su domicilio sin una orden judicial, lo retuvieron de manera injustificada por más de diez horas y lo torturaron hasta hacerlo orinar coágulos de sangre, con el fin de que aceptara haber cometido delitos contra la salud³⁵. El 24 de junio de 2009 en Ciudad Juárez, Chihuahua, una víctima sufrió tortura por parte de elementos del Ejército Mexicano —durante la detención y traslado a las instalaciones militares—, pues le cubrieron la cara con su playera y durante el camino lo golpearon y patearon hasta quedar inconsciente, para trasladarlo a la Zona Militar donde continuaron golpeándolo³⁶. El 7 de octubre de 2007 en Tanhuato, en el estado de Michoacán, una persona fue víctima de un arbitrario e ilegal cateo por parte de elementos del Ejército Mexicano. Fue víctima de sufrimientos físicos consistentes en recibir golpes con las manos y pies en diversas partes del cuerpo; lo colocaron en el piso boca arriba con una toalla que le cubría el rostro a la que le arrojaban agua, lo que le impedía respirar normalmente; estuvo con los ojos

34. Recomendación 42/2010 de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

35. Recomendación 22/2010 de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

36. Recomendación 52/2010 de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

vendados; los elementos militares le cuestionaban «dónde están las armas largas» y, durante todo el tiempo del interrogatorio, lo mantuvieron vendado para, posteriormente, bajarle la trusa y aplicarle toques eléctricos en los genitales³⁷.

La detención y actos de tortura realizados por miembros del Ejército en contra de tres víctimas, que tuvo lugar el 7 de junio de 2007, implicó la retención, durante un lapso aproximado de cuatro horas, en un área desértica cercana a la frontera con Estados Unidos de América en la región de Sonoyta, Sonora, durante el cual fue víctima de sufrimiento físico, consistente en patadas en las costillas, puñetazos en la boca, arrastramiento por el suelo, introducción de un tubo a la boca, obligación de beber un producto alcohólico que le provocó vómito, introducción en pies y uñas de trozos de madera, los cuales movían para hacerlo sufrir, extracción de una uña y el abandono en el campo en estado inconsciente; todo lo anterior, mientras los elementos militares le cuestionaban «quién es tu patrón y dónde está, [...] dónde queda el rancho, [...] dónde tienen la marihuana»³⁸. Los casos de tortura se repiten sistemáticamente. Para quien pueda pensar que hemos narrado muy pocas situaciones concretas, ofrecemos decenas de recomendaciones adicionales que documentaron actos de tortura, tratos crueles e inhumanos con el objetivo de obtener autoinculpaciones. Todos son casos respaldados por material probatorio de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos³⁹.

37. Recomendación 33/2008 de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

38. Recomendación 29/2008 de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

39. Véase las siguientes recomendaciones de la Comisión Nacional de Derechos Humanos: Recomendación 74/2010; Recomendación 19/2010; Recomendación 75/2010; Recomendación 49/2010; Recomendación 50/2010; Recomendación 77/2010; Recomendación 79/2010; Recomendación 86/2010; Recomendación 13/2009; Recomendación 18/2009; Recomendación 28/2009; Recomendación 34/2009; Recomendación 77/2009; Recomendación 67/2008; Recomendación 60/2008; Recomendación 39/2007; Recomendación 32/2008; Recomendación 31/2008; y Recomendación 30/2008.

Human Rights Watch ha documentado el uso de «indemnizaciones» que ofrece el Gobierno Federal mexicano a cambio de compromisos firmados por parte de las víctimas o sus familias para renunciar a las acciones penales correspondientes:

A pesar del aumento en la cantidad de muertes que son resultado de «enfrentamientos» entre miembros de las fuerzas de seguridad y presuntos delincuentes, la mayoría de estos hechos no son investigados. En las pocas excepciones en que se inician investigaciones, los funcionarios judiciales no adoptan medidas básicas, tales como efectuar pruebas de balística o interrogar a los soldados y policías involucrados. En vez de cuestionar los informes oficiales —muchos de los cuales presentan abundantes contradicciones y no coinciden con las versiones de los testigos—, es común que agentes del Ministerio Público acepten los informes de las fuerzas de seguridad como una descripción veraz de los hechos y no tomen en cuenta las pruebas que señalan un uso excesivo de la fuerza o que hubo torturas seguidas de muerte. Asimismo, en más de una decena de casos, los familiares de las víctimas de ejecuciones dijeron a Human Rights Watch que habían recibido presiones del Ejército para que firmaran acuerdos mediante los cuales renunciarían a cualquier acción para determinar la responsabilidad penal de los soldados, a cambio de una indemnización⁴⁰.

Este tipo de prácticas tienen como finalidad sustraer de la acción de la justicia a los responsables de crímenes en contra de la humanidad y evitar que sean juzgados penalmente. Estas políticas del gobierno federal mexicano demostrarían que no existe disposición de investigar las violaciones masivas a derechos humanos en México y hacen admisible el caso a la luz de lo dispuesto en el inciso a, párrafo 2 del artículo 17 del Estatuto de Roma.

40. Human Rights Watch, *Ni Seguridad, Ni Derechos... op. cit.*, p. 10.

c) *Ejecuciones extrajudiciales*

En el informe de Human Rights Watch, realizado solamente en cinco de las 32 entidades federativas, se señala:

En 24 casos, Human Rights Watch obtuvo pruebas creíbles de que miembros de las fuerzas de seguridad cometieron ejecuciones extrajudiciales, y en la mayoría de los casos, intentaron encubrir los delitos. Estas muertes se clasifican en dos categorías: civiles ejecutados por autoridades o que murieron como resultado de torturas, y civiles que murieron en retenes militares o durante enfrentamientos armados donde hubo un uso injustificado de la fuerza letal en su contra (...) En la mayoría de estos casos, la escena del crimen fue manipulada por soldados y policías con la finalidad de presentar falsamente a las víctimas como agresores armados o encubrir el uso excesivo de la fuerza. Y, en algunos casos, las investigaciones sugieren claramente que miembros de las fuerzas de seguridad habrían manipulado la escena del crimen para simular que las ejecuciones extrajudiciales eran ejecuciones perpetradas por carteles de narcotráfico rivales⁴¹.

También diarios estadounidenses, como *The New York Times*, han reportado la existencia de ejecuciones extrajudiciales auxiliadas, incluso, por agentes norteamericanos⁴².

d) *Desapariciones forzadas*

Después de una amplia misión en campo, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU señaló en 2011 que

el Estado está también involucrado en desapariciones forzadas en México. El Grupo de Trabajo recibió información específica,

41. *Ibíd.*, p. 7.

42. Véase <http://www.eluniversal.com.mx/notas/803685.html>

detallada y confiable sobre desapariciones forzadas llevadas a cabo por autoridades públicas, grupos criminales o individuos con apoyo directo o indirecto de oficiales públicos⁴³.

Existen casos paradigmáticos, como el de dos hermanos que fueron ilegalmente detenidos en su domicilio —sin orden judicial y sin que mediara flagrancia—, el 14 de noviembre de 2008 en Ciudad Juárez, Chihuahua, por soldados del Ejército Mexicano; ellos son víctimas de desaparición forzada desde entonces⁴⁴. Felipe Calderón sabía de estos delitos porque fueron documentados por órganos del Estado Mexicano, y debió tomar las medidas para que dejaran de presentarse, tal como era su responsabilidad.

Human Rights Watch había probado, de forma contundente, al menos 39 desapariciones forzadas en las que habrían participado las fuerzas de seguridad mexicanas⁴⁵. Sin embargo, en nuevos informes sobre esta práctica, la misma organización reportó hasta 149 casos de desapariciones forzadas en los que cuentan con pruebas contundentes que acreditan la participación de agentes estatales (del Ejército, la Marina, la Policía Federal, las policías estatales y municipales) en forma directa, o bien indirectamente, mediante colaboración o aquiescencia⁴⁶.

La participación de agentes de su gobierno en las desapariciones forzadas explicaría la decisión de Felipe Calderón de ocultar la base de datos de desaparecidos. El gobierno sabía de la magnitud del problema de las desapariciones forzadas, y decidió ocultar los datos. Cuando en 2013 el nuevo gobierno decidió revelar los datos que Calderón ocultó, se informó que la cantidad de desaparecidos

43. *Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances*, Human Rights Council, Nineteenth session, Agenda item 3, 20 de diciembre 2011.

44. Recomendación 44/2009 de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

45. Human Rights Watch, *Ni Seguridad, Ni Derechos... op. cit.*

46. Human Rights Watch, *Los desaparecidos de México. El persistente costo de una crisis ignorada*, HRW, México, febrero de 2013.

ascendía a 26 mil 121 personas, entre 2006 y 2012. El gran problema en torno a las desapariciones forzadas, es que en México no son consideradas un delito en casi ninguna parte del país. Solamente ocho de las 32 entidades federativas contemplan esta conducta como un delito. La mayoría de las legislaciones únicamente prevé el secuestro pero, para iniciar una investigación en ese caso, se necesita que se solicite un rescate a cambio de la víctima, lo que no ocurre cuando la desaparición se realiza para torturarla o simplemente con el objetivo de asesinarla posteriormente⁴⁷.

e) Violaciones sexuales por parte del Ejército

La gravedad de estas conductas va acompañada de una permanente política de encubrimiento e impunidad por parte del Gobierno Federal. Incluso en los casos que han sido documentados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no se ha castigado a los responsables⁴⁸. Los días 2, 3 y 4 de mayo de 2007, en el municipio de Nocupétaro, Michoacán, elementos del Ejército Mexicano, de la AFI y de la Procuraduría General de la República, efectuaron cateos ilegales en domicilios de ciudadanos y aprehendieron a personas sin órdenes judiciales, causaron daños a su propiedad, algunos fueron amarrados a postes de luz y una persona fue torturada mediante asfixia por la sumersión en una pila de agua. Fue en este contexto que soldados mexicanos abusaron sexualmente de cuatro niñas. Todos estos actos constituyeron una estrategia de intimidación y represalia empleada por el gobierno federal, debido a que el 1 de mayo de 2007 en Carácuaro, Michoacán, se registró un enfrentamiento en el que murieron cinco militares⁴⁹. No se trata de violaciones sexuales cometidas aisladamente, sino al amparo de grandes despliegues militares en operativos contra el narcotráfico.

47. Véase el video <http://youtu.be/t4zCHQHlwFk>

48. Véase, http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Vivo/escondida/militares/violaron/siguen/libres/elpepusoc/20110603elpepusoc_2/Tes

49. Recomendación 38/2007 de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

f) Homicidios y agresiones en contra de civiles en retenes militares

Se han documentado múltiples crímenes realizados por el Ejército. En el municipio de Jalpa de Méndez, Tabasco, soldados dieron muerte a dos jóvenes. Un video tomado por los habitantes demuestra cómo el Ejército abandona el lugar donde asesinaron a los jóvenes e intenta evadir cualquier responsabilidad, al descubrir que los jóvenes eran simples civiles⁵⁰. En la versión oficial de la PGR, los agentes del Ejército abrieron fuego después de que los jóvenes evadieron un retén. Sin embargo, ninguna norma jurídica en México faculta al Ejército para abrir fuego en contra de vehículos que evadan un retén militar. Pudieron haber alcanzado el vehículo y detenerlo. Se trataba de simples civiles desarmados. No obstante, la ausencia de protocolos de actuación en México es absoluta. Felipe Calderón se ha negado a instituir estos protocolos (que indiquen al Ejército la forma de actuar y en qué momento puede abrir fuego contra un vehículo, por ejemplo) a pesar de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación le notificó una sentencia señalando la necesidad de crearlos⁵¹.

De acuerdo con documentación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, está probado el asesinato a manos del Ejército de los menores Martín y Brayan Almanza Salazar, de nueve y cinco años de edad, en el kilómetro 117 de la carretera de Nuevo León a Reynosa. En estos hechos se vulneraron los derechos humanos a la vida, a la integridad y seguridad personal, al trato digno, al acceso a la justicia, a la legalidad y a la seguridad jurídica, y al derecho de los menores a que se proteja su integridad, por actos consistentes en privación de la vida, atentados a la integridad y seguridad personal, uso arbitrario de la fuerza pública, tratos crueles, inhumanos o degradantes, omisión de auxilio, alteración de la escena de los hechos, incumplimiento de alguna de las formalidades para la emi-

50. Véase el video <http://youtu.be/rvA9-rLhzZ0>

51. Sentencia recaída a la facultad de investigación 3/2006, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Anexo.

sión de la orden de cateo y ejercicio indebido de la función pública, en agravio de Martín y Brayan Almanza Salazar⁵².

Elementos de la Secretaría de la Defensa Nacional vulneraron, en perjuicio de un joven de 18 años, los derechos a la integridad y seguridad personal, al trato digno, así como a la legalidad y seguridad jurídica, a través de actos como el uso arbitrario de la fuerza pública y tratos crueles. A consecuencia de los disparos de que fue objeto por parte de soldados, el joven presenta fractura de cadera y destrucción de un testículo. Los militares alteraron la escena y acusaron al muchacho de portar un arma de fuego, granadas y droga, todo lo cual resultó absolutamente falso, como lo demostró la Comisión Nacional de Derechos Humanos⁵³. Otro ejemplo es el uso excesivo de la fuerza en agravio de dos jóvenes de 17 y 19 años, a quienes los elementos del Ejército Mexicano, adscritos a la 12/o. Batallón de Infantería, detuvieron mediante disparos dirigidos hacia el vehículo que conducían, provocando la muerte del primero y lesionando al segundo⁵⁴.

Recuerdo a nuestro lector que estos son solamente algunos casos ejemplificativos en los que existen documentos y pruebas irrefutables, que demuestran violaciones a derechos humanos, pero constituyen solamente algunos casos de los miles que han sido denunciados ante la CPI.

g) Generales del Ejército ordenando crímenes en contra de la humanidad

Existen pruebas contundentes que conforman un expediente ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁵⁵ que demuestran

52. Recomendación 36/2010 de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

53. Recomendación 81/2010 de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

54. Recomendación 34/2008 de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

55. La Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró suficientes las pruebas para intentar procesar a un general del Ejército mexicano dentro del fuero civil y no en el fuero militar, como pretendía el ejército.

que en Ojinaga, Chihuahua —en las instalaciones militares de la Tercera Compañía de Infantería No Encuadrada—, el general de brigada Manuel de Jesús Moreno Aviña ordenó detenciones y cateos ilegales, privaciones de la libertad, ejecuciones extrajudiciales de civiles, tortura, desapariciones forzadas e inhumación clandestina de cadáveres, durante 2008 y 2009.

h) Desplazamiento forzado

El Centro de Monitoreo del Desplazamiento Interno (IDMC) ha señalado que en México hay por lo menos 120 mil personas que han abandonado sus hogares por causa de la violencia y han tenido que trasladarse hacia alguna otra región del país (desplazamiento interno). Adicionalmente, hay 110 mil personas que han abandonado el país y se han desplazado principalmente hacia los Estados Unidos de América⁵⁶. La cifra de 230 mil desplazados fue confirmada por un informe elaborado a petición del Parlamento Europeo en noviembre de 2011⁵⁷.

El fenómeno del desplazamiento forzado no se ha detenido con el cambio de gobierno. La Comisión Nacional de Derechos Humanos inició una investigación en agosto de 2013 por el caso de al menos 131 personas desplazadas por la violencia en el municipio de San Miguel Totolapan, Guerrero⁵⁸. De conformidad con datos recientes de Parametría, la cifra de desplazados llega en México a constituir un total de 1.6 millones de personas⁵⁹.

Sin embargo, México carece de los tipos penales adecuados para procesar delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y desaparición forzada, como se verá más adelante en nuestro estudio.

56. Véase, [http://www.internal-displacement.org/8025708F004BE3B1/\(httpInfoFiles\)/EE38D98F4E82DC0EC1257810002EC3CA/\\$file/Mexico_Dec2010.pdf](http://www.internal-displacement.org/8025708F004BE3B1/(httpInfoFiles)/EE38D98F4E82DC0EC1257810002EC3CA/$file/Mexico_Dec2010.pdf)

57. Véase, <http://www.terra.com.mx/noticias/articulo/1247155/Desplaza+violencia+a+230+mil+personas+en+Mexico.htm>

58. Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Comunicado de Prensa*, CGCP/235/13, México, D.F., 18 de agosto de 2013.

59. Parametría, *México y sus desplazados*. Accesible en <http://www.parametria.com.mx/DetalleEstudio.php?E=4288>.

i) *Vulnerabilidad de la niñez en un conflicto armado interno*

En relación con las niñas y niños de México, existe una situación todavía más grave, debido a la guerra contra el narcotráfico iniciada en el sexenio anterior. Tan solo en el Estado de Chihuahua hay más de 8,500 niños huérfanos, de acuerdo con datos del DIF-Estatal, como resultado de la violencia generada por la narcoguerra⁶⁰.

De acuerdo con datos de la Red por los Derechos de la Infancia en México (Redim) entre 25 mil y 35 mil niños han sido reclutados por los cárteles de la droga. Miles de niños son detenidos anualmente por las fuerzas de seguridad por actividades vinculadas a los cárteles de la droga que van desde los asesinatos, hasta actividades de información y transporte de droga: son los llamados niños sicarios. En 2011, la Procuraduría General de la República reportó 1 mil 857 niños presentados ante el Ministerio Público por estas causas (únicamente en un año). De acuerdo con la organización Save the Children, al menos 2 mil 700 niños en México manejan armamento. Fuentes periodísticas dan cuenta de 3,664 menores de edad capturados por el Estado entre enero de 2007 y mayo de 2010⁶¹.

El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas manifestó su preocupación debido a que el Estado Mexicano «carece de información sobre la utilización de niños por parte de grupos armados no estatales y que, por lo tanto, no ha adoptado medidas para evitar el reclutamiento de menores por parte de esos grupos». También expresó su preocupación y alertó sobre la gravedad de que en la actualidad el Código Penal Federal no contiene disposiciones específicas para tipificar como delito el reclutamiento de menores y su utilización en hostilidades. Esta terrible realidad sigue vigente en 2013 y ha sido denunciada por nosotros y otras organizaciones de defensores de derechos humanos desde hace varios años⁶².

60. Véase, <http://youtu.be/CgzTQnN2nmk>.

61. FLORES NÁNDEZ, Nancy, *La farsa detrás de la guerra contra el narco*, Océano, México, 2012, p. 152.

62. Comité de los Derechos del Niño. *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 8 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados. Observaciones finales: México*. 56º período de sesiones, 17 de enero a 4 de febrero de 2011.

El Estatuto de Roma prevé, tanto bajo el tipo penal de crímenes de guerra, como el de crímenes de lesa humanidad, la conducta de reclutar menores de 15 años para participar activamente en hostilidades. Existen personas que todavía dudan de que en México se den las condiciones para admitir que existe un conflicto armado. Estas dudas debieron disiparse desde noviembre de 2011, cuando el Centro de Monitoreo del Desplazamiento Interno del Consejo Noruego para Refugiados señaló categóricamente que en nuestro país se vive un conflicto armado interno. Si admitimos que la crisis humanitaria que atraviesa México ha sido correctamente calificada por este prestigioso organismo internacional, es indudable que el reclutamiento de menores para participar en hostilidades actualiza el tipo penal de crímenes de guerra.

Lo más grave es que hoy México no cuenta con un tipo penal exactamente aplicable a la conducta de reclutamiento. Es decir, los narcotraficantes que reclutan niños van a quedar impunes en México. Esta situación inaudita se explica porque el tipo penal de «corrupción de menores» únicamente aplica al adulto que utiliza niños para cometer delitos. Sin embargo, el mero reclutamiento y el adiestramiento (es decir la preparación y el entrenamiento de los niños con miras a que asesinen) no constituyen delitos considerados en sí mismos. México es un país en el que hoy se pueden formar ejércitos de niños para participar en conflictos armados, y dicha conducta permanecerá absolutamente impune en el sistema jurídico de nuestro país.

j) Crímenes contra migrantes centroamericanos

En 2009, la Comisión Nacional de Derechos Humanos reportó que, en solo seis meses, se habían presentado 9,578 casos de secuestros de migrantes y, en 2010, en otro estudio conducido por seis meses, se reportaron 11,333 casos de secuestros. En muchos de estos, de acuerdo con la propia CNDH y otras fuentes, colaboraron servidores públicos del Instituto Nacional de Migración, policías locales, federales, o autoridades municipales, por lo que se confi-

gura el delito de desaparición forzada⁶³. La organización Madres Mesoamericanas estima que en México han desaparecido cerca de 60 mil migrantes, quienes viajaban rumbo a Estados Unidos; esto, en los primeros cinco años del gobierno de Calderón. Señalaron que Veracruz y Tabasco son de los Estados más peligrosos⁶⁴.

k) Ataques a hospitales y centros de rehabilitación por parte de narcotraficantes

En la ciudad de Tijuana, el 31 de diciembre de 2009, se atacó a un hospital privado denominado Hospital Guzmán⁶⁵. En Culiacán, Sinaloa, el 19 de noviembre de 2009, cuatro sicarios ingresaron al hospital regional del Instituto Mexicano de Seguridad Social y mataron a un paciente que convalecía de varias heridas de bala, las cuales sufrió al momento en que intentaron «levantarlo»⁶⁶.

En Ciudad Juárez, Chihuahua, el 1 de marzo de 2011, cuatro personas fueron acibilladas durante la tarde cuando circulaban sobre la Avenida Ejército Nacional; entre las víctimas se encontraban una mujer y un menor de 10 años de edad. Quedó un sobreviviente, un menor de 14 años de edad, que se encontraba herido. El joven fue trasladado al Hospital General de la Zona número 35 del Instituto Mexicano del Seguro Social; esa información fue resguardada, aunque sí llegó a oídos de integrantes de la delincuencia organizada, quienes ingresaron al nosocomio y comenzaron a realizar detonaciones. Los pistoleros iban en busca del menor de edad; el personal del hospital y pacientes fueron víctimas del pánico. Así lo confirmó Rosendo Gaytán, vocero del Instituto Mexicano de Seguridad Social, al igual que Arturo Sandoval, vocero de la Fiscalía General del Estado⁶⁷.

63. *Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances... op. cit.*

64. Véase, http://visionpuebla.com/index.php?option=com_content&view=article&id=1058:calculan-60-mil-migrantes-muertos-en-mexico-durante-cinco-anos&catid=86:vision-de-mexico&Itemid=143

65. Véase, <http://www.eluniversal.com.mx/nacion/174337.html>

66. Véase, <http://www.noroeste.com.mx/publicaciones.php?id=531811>

67. Véase, <http://www.imagendelgolfo.com.mx/resumen.php?id=232081>

En la Ciudad de México, el 30 de marzo de 2011, se asesinó a una persona en el Hospital Ángeles del Pedregal. La policía señala que el homicidio tuvo su móvil en el lavado de dinero para narcotraficantes⁶⁸. En Culiacán, Sinaloa, el 24 de septiembre de 2011, un sujeto de nombre Jorge Omar Inzunza Nevárez, originario de Pericos, fue asesinado en el interior de las instalaciones del Hospital de la Mujer⁶⁹. En Atotonilco, Jalisco, el 25 de mayo de 2011, varios hombres armados ingresaron a un hospital para asesinar a tres personas, entre ellas a una mujer que acababa de dar a luz⁷⁰.

Además, se han generalizado los ataques a centros de rehabilitación, donde se agrupa a enfermos y adictos a las drogas, como los ocurridos el 26 de junio de 2010 en Durango; el 5 de diciembre de 2010 en dos centros en Ciudad Juárez, y el 10 de junio de 2010 en Chihuahua, por citar algunos. Este crimen es competencia de la CPI conforme al artículo 8. 2 e) iv) del Estatuto de Roma.

l) Amputaciones y decapitaciones

El 22 de diciembre de 2008, nueve personas decapitadas fueron encontradas en Chilpancingo, Guerrero, ocho de las cuales eran militares⁷¹. El 8 de enero de 2011 en Acapulco, Guerrero, en un solo día hubo 28 ejecutados, entre ellos 15 decapitados⁷². Incluso en la capital del país comienzan a aparecer con mayor frecuencia personas que sufrieron decapitaciones. En marzo de 2011 se encontró el cuerpo decapitado de un joven en la Delegación Miguel Hidalgo⁷³.

La Ciudad de México, que ha sufrido en menor grado esta guerra, debido a que el Ejército no patrulla en las calles y por tanto no

68. Véase, http://www.excelsior.com.mx/index.php?m=nota&id_nota=736396

69. Véase, <http://www.lapolicia.com/nota-roja/matan-a-uno-adentro-del-hospital-de-la-mujer/>

70. Reportado por la agencia EFE. Accesible en <http://www.yucatan.com.mx/20101230/nota/126375-.htm>

71. Véase, <http://www.google.com/hostednews/afp/article/ALeqM5hT-MzRkG3kVUweDFraSoS7S2B4vfg>

72. Véase, <http://www.eluniversal.com.mx/notas/735942.html>

73. Véase, <http://impreso.milenio.com/node/8922979>

hay enfrentamientos en la Ciudad, ha presentado ya seis casos de decapitados en 2009, siete en 2010 y por lo menos cinco en 2011⁷⁴. En febrero de 2011, los cuerpos desnudos y decapitados de cuatro hombres fueron arrojados a una plaza de Nuevo Laredo, una ciudad mexicana cercana a Estados Unidos, y junto con los cuerpos decapitados se colocó una manta⁷⁵. En Zihuatanejo, Guerrero, se encontraron cuatro decapitados el 27 de abril de 2011⁷⁶. Solo en 2010 aparecieron al menos 410 cuerpos decapitados en México. Esto es solamente en un año, de los siete que lleva la guerra contra las drogas⁷⁷.

m) Fosas clandestinas

Para julio de 2011 se reportaban 46 fosas clandestinas con más de 230 cadáveres en San Fernando, Tamaulipas. En abril, mayo y junio se habían descubierto 251 cuerpos sepultados en Durango. De todos estos, solamente 23 cadáveres fueron identificados⁷⁸. José Reveles ha afirmado —basado en entrevistas con agentes y en partes policiales—, que existen autobuses enterrados con todo y ocupantes. ¿Cuál es la lógica detrás de una violencia tan brutal en contra de los migrantes centroamericanos? ¿Por qué se les asesina de esta forma en México?

Felipe Calderón afirmó, como Jefe de Estado, que policías municipales de San Fernando llevaron a cientos de ciudadanos indefensos en vehículos oficiales para ejecutarlos y que, incluso, ayudaron a

74. Véase, <http://www.terra.com.mx/noticias/articulo/1220047/Identifica+PGJDF+a+los+dos+decapitados+de+Conscripto.htm>

75. Véase, http://www.bbc.co.uk/mundo/ultimas_noticias/2011/02/110226_ulnot_mexico_nuevo_laredo_decapitaciones_fp.shtml

76. http://www.dailymotion.com/video/xig1hi_autoridades-de-guerrero-mexico-encuentran-4-decapitados_news

77. Véase, http://impacto.mx/Nacional/nota-5381/Barbarie_en_México_410_Decapitados_en_2010

78. REVELES, José, *Levantones, narcofosas... op. cit.*, p. 14.

79. Mayo de 2011. Mensaje oficial disponible en <http://calderon.presidencia.gob.mx/2011/05/mensaje-del-presidente-felipe-calderon-sobre-seguridad/>

cavar las fosas clandestinas⁷⁹. «Era, al mismo tiempo, un insólito reconocimiento oficial de que hay una participación activa de la fuerza pública en crímenes de lesa humanidad»⁸⁰.

n) *Ataques a ambulancias*⁸¹

En Ciudad Juárez, una ambulancia del Instituto Mexicano del Seguro Social fue atacada resultando en la muerte de cuatro personas. Dos paramédicos y dos pacientes (que recibían atención médica) murieron y una mujer más (que también recibía atención médica) resultó herida cuando un grupo de presuntos sicarios tiroteó la ambulancia; el vehículo recibió 69 disparos de rifles de asalto AK47 y R15⁸². Como se observa, la situación en México es desesperada y terriblemente violenta. La sociedad se encuentra bajo el fuego cruzado de militares y narcotraficantes.

3. LAS AMENAZAS DEL GOBIERNO FEDERAL

El gobierno de Felipe Calderón dejó en la impunidad actos de tortura cometidos en cuarteles militares —ordenados por generales del Ejército—, agresiones en contra de civiles, ejecuciones extrajudiciales, violaciones sexuales y tratos crueles e inhumanos, cometidos por las fuerzas bajo su mando. El extitular del Ejecutivo Federal tachó de calumniadores a quienes pedimos fin a la impunidad, nos amenazó con procesos legales y nos expuso a agresiones desde el odio y el extremismo generado por sus políticas⁸³.

80. REVELES, José, *Levantones, narcofosas... op. cit.*, p. 20.

81. Véase el video <http://youtu.be/6Q9bsS-Rqto>

82. Véase, <http://www.eluniversaltv.com.mx/detalle27209.html>

83. La Presidencia de la República ordenó la publicación de un comunicado en diversos medios masivos de comunicación el 28 de noviembre de 2011, en el que afirmaba que las imputaciones en su contra eran «falsas y calumniosas». Además, aseguró que dañaban «terriblemente» el «buen» nombre de México. Concluía con una afirmación que generó múltiples reacciones y asombro en México: «El Gobierno de la República explora todas las alternativas para proceder legalmente en contra de quienes las realizan en distintos foros e instancias nacionales e internacionales».

Dado que Felipe Calderón utilizó el dinero, recursos y funcionarios públicos para difundir dichas amenazas con el objetivo de inhibir que miles de personas aportáramos información relativa a la presunta comisión de delitos contemplados en las leyes mexicanas y en el Estatuto de Roma, habría cometido adicionalmente el delito de intimidación previsto en el artículo 219 del Código Penal Federal. El tiempo ubica los actos de las personas en su justa dimensión y la actuación de los organismos internacionales contribuye a ello.

4. LA FALTA DE TIPIFICACIÓN DE LOS CRÍMENES EN CONTRA DE LA HUMANIDAD COMO OBSTÁCULO JURÍDICO PARA LA INVESTIGACIÓN Y ENJUICIAMIENTO DE LOS HECHOS OCURRIDOS EN MÉXICO

Algunos abogados han tratado de minimizar o desvirtuar la petición que formulamos a la OTP el 19 de noviembre de 2011, con argumentos aplicables únicamente al derecho penal de nuestro país, o señalando el lugar común de la necesidad de agotar los recursos internos. Hacen alusión a un principio muy generalizado en el ámbito internacional, pero que no forma parte del Estatuto de Roma que organiza y norma a la CPI. En efecto, si la CPI únicamente pudiera actuar cuando desaparecen los tribunales nacionales o cuando el país originalmente competente es absolutamente omiso en juzgar los delitos, lo que se habría consignado en el tratado que crea a la CPI habría sido un principio de subsidiariedad.

Sin embargo, cualquier persona puede verificar que el Estatuto de Roma consigna un principio diferente, es decir, el principio de complementariedad, tanto en su preámbulo como en su artículo 17. Dicho principio permite, incluso, que los juicios llevados a cabo por un país puedan ser revisados por la CPI ante la posibilidad de que se trate de procesos fraudulentos, o parciales, llevados a cabo con el propósito de sustraer a una persona de su responsabilidad penal por crímenes competencia del Tribunal Penal Internacional.

Incluso el deber de agotar los recursos internos frente a otros sistemas internacionales, como el Interamericano (mucho más

restrictivos que el de la CPI), puede obviarse si en la legislación interna no existe el *debido proceso legal* o el recurso idóneo para la protección del derecho violado, es decir, si la legislación del país es omisa⁸⁴. Estudiosos serios del tema han señalado que, en caso de ausencia de tipos penales que sancionen los crímenes competencia de la CPI, se actualizaría indudablemente la competencia complementaria del tribunal internacional:

Una de las razones que podrían ser de mayor importancia, sino de ninguna manera ser la única, es que el Estado respectivo no tenga incorporados los crímenes previstos por el Estatuto en su legislación nacional, y que por lo tanto no pueda ejercer su jurisdicción. En una situación así, la Corte podría sin lugar a dudas declararse competente para conocer del caso⁸⁵.

Este es precisamente el caso de México, que no ha tipificado ni los crímenes de guerra, ni los crímenes de lesa humanidad, por lo que la competencia de la CPI podrá ejercerse sin ningún obstáculo jurídico. Si existiera verdadera voluntad de respetar los derechos humanos en México, los políticos ya se habrían ocupado de tipificar estos delitos competencia de la CPI y sancionar también la desaparición forzada en todo el territorio nacional que, lamentablemente, no se considera delito en 24 de nuestras 32 entidades federativas⁸⁶. La CPI también puede determinar actuar, si considera que un país no está dispuesto a llevar a cabo la investigación / enjuiciamiento, o no puede realmente hacerlo.

84. Artículo 37 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

85. VALDÉS RIVEROLL, Mariana, «Principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional», en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y VARGAS CASILLAS, Leticia A. (coords.), *Proyectos legislativos y otros temas penales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003, p. 297.

86. Human Rights Watch, *Ni Seguridad, Ni Derechos... op. cit.*

5. LA AUSENCIA DURANTE CINCO AÑOS DE PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN

Durante los primeros cinco años de guerra, las fuerzas federales mexicanas actuaron sin contar con protocolos. La Suprema Corte de Justicia de la Nación hizo notar, desde 2009, la absoluta ausencia de protocolos con que operaban las corporaciones de seguridad en México (tanto federales, como pertenecientes a las 32 entidades federativas)⁸⁷. No existían protocolos para detener a una persona, ni para trasladarla a un centro de detención, ni para regular el uso de la fuerza, ni para salvaguardar las pruebas. El Ejecutivo federal suponía que tal vacío le permitía operar con mayor libertad. Sin embargo, no entendía que, en realidad, ello implica un serio problema incluso para la eficiencia de las corporaciones policíacas que tienen que improvisar ante cada situación.

Los policías y el ejército no son entrenados conforme a protocolos. En México, un ciudadano (o un experto en Derecho) no sabía con qué derechos contaba frente a un acto policíaco de retención o de molestia. Por ejemplo, en los retenes o en los cateos, el ciudadano no sabía a qué límites está sujeta la autoridad. Pero, lo más grave, es que el ejército y los policías tampoco conocían sus límites. No sabían en qué momento podían abrir fuego, ni en qué casos debían usar las diferentes armas que tienen asignadas, en qué casos pueden ordenar una conducta de un particular o en qué situaciones pedir refuerzos. Simplemente actuaban improvisadamente, con lo que pusieron en riesgo la vida de los ciudadanos, pero también la vida de los propios policías y soldados.

Fue hasta en abril de 2012 —a través de la denuncia y la presión internacional que logramos generar—, que se consiguió que Felipe Calderón emitiera directivas para limitar el uso de la fuerza pública. Fue uno de nuestros reclamos más importantes. Los 23 mil firmantes de la petición original habíamos señalado al fiscal de la CPI que la ausencia de protocolos era imputable directamente

87. Sentencia que valora el dictamen en torno a la facultad de investigación 3/2006 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

al titular del Ejecutivo, quien decidió enviar a militares a las calles sin directivas, sin órdenes, sin protocolos, a improvisar en sus tareas, por lo que había ocasionado miles de muertes. Calderón lo reconoció, al emitirlos cinco años después de iniciada su guerra contra el narco.

Nuestro objetivo nunca fue la venganza contra una persona, sino recuperar la paz en nuestro país y que se haga justicia a las víctimas de esta guerra absurda. Por eso, el que Calderón se haya visto obligado a emitir dichos protocolos, fue una de nuestras victorias más importantes.

6. LA AUSENCIA DE CONTROL PARLAMENTARIO EN LAS MISIONES MILITARES MEXICANAS

En 2007, el Ejecutivo Federal decidió desplegar a más de 50 mil efectivos militares en el territorio nacional sin ningún tipo de control parlamentario sobre esas misiones militares⁸⁸. Para este despliegue se empleó una vía creada por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que es diferente a las vías previstas en la Constitución mexicana. Lamentablemente, cuando el más alto tribunal mexicano decidió crear esta opción para el despliegue militar, omitió establecer expresamente mecanismos de control parlamentario sobre su utilización.

La preocupación por el control parlamentario sobre las fuerzas armadas tiene una importancia mayúscula en América Latina, debido a la triste historia de golpes de Estado que ha caracterizado a la región. Y la posibilidad de esta ocupación militar del poder político sigue latente, como ocurrió apenas en 2009 en Honduras. Además, las problemáticas comunes al continente americano se están tratando de formas homogéneas por presiones de los Estados Unidos de América:

En todo el hemisferio, la lucha contra el narcotráfico se está militarizando porque los recursos de los que puede disponer la parte

88. Human Rights Watch, *Ni Seguridad, Ni Derechos... op. cit.*, p. 3.

dominante —Estados Unidos— proceden del presupuesto militar. De esta forma, el debate político interno limita los instrumentos de poder nacional a disposición del ejecutivo en cualquier situación, a la vez que legitima el uso de la fuerza militar y de miembros de las fuerzas armadas de Estados Unidos como instrumentos de la política exterior, a expensas de otros instrumentos civiles⁸⁹.

Como se observa, el uso del ejército en tareas que antes se consideraban policíacas, es un fenómeno transnacional impulsado por la política exterior de los Estados Unidos. Por ello, las discusiones sobre los controles a que deben estar sujetas las fuerzas militares adquirirán cada vez mayor importancia en el continente americano. En los Estados Unidos de América los expertos reconocen que la subordinación de las fuerzas armadas al gobierno debe ser amplia; es decir, a la estructura de gobierno entera y no simplemente al presidente o al ministro que ejerce el mando:

La rendición de cuentas ante el parlamento o la legislatura implica la rendición de cuentas a la población. Obliga a la discusión pública de los asuntos de defensa, la justificación de los presupuestos militares, evita el enrarecimiento de la política, favorece la investigación de los errores y corruptelas. Si se ejerce activamente, el poder parlamentario contribuye a la transparencia en asuntos militares que realmente fortalece la defensa nacional, mejorando la identificación militar con el pueblo y la identificación popular con los militares⁹⁰.

Es por ello que es dable analizar el ejercicio de las funciones de control del parlamento en torno a temas tan sensibles como la

89. TULCHIN, Joseph S., *Control democrático de las fuerzas armadas. Nuevos temas de seguridad en América Latina*, CIDOB, Barcelona, 2002, pp. 15-16.

90. KOHN, Richard H., *An essay on civilian control of the military*, American Diplomacy, Estados Unidos de América, 1997. Accesible en http://www.unc.edu/depts/diplomat/AD_Issues/amdipl_3/kohn.html

disposición de las fuerzas armadas. En el caso de México, se trata de un análisis apremiante porque el país se encuentra en una situación de conflicto armado⁹¹, con las consecuentes repercusiones en la vigencia de los derechos humanos. La preponderancia del Ejército en funciones que solían considerarse atribuciones otorgadas a cuerpos civiles —como las funciones de seguridad pública— no es solo un problema político, sino también de carácter teórico, que cuestiona la vigencia real de la doctrina liberal y democrática que, teóricamente, sustenta a un Estado de Derecho moderno:

La teoría del control civil y su base empírica en las sociedades occidentales surgió con el liberalismo de los siglos XVIII y XIX, por lo que la supremacía civil estuvo acompañado por la disminución de la influencia de los militares, pues ésta se encuentra ligada con los regímenes autoritarios que la democracia liberal no consentía. Siendo así una de las características del Estado liberal la separación entre el poder civil y militar, dando al primero la prevalencia (...) ⁹².

Así, si se pierde la preponderancia de los poderes civiles sobre los militares, existen claros riesgos para los derechos humanos, otro de los contenidos esenciales del liberalismo. Para José Miguel Vivanco:

El concepto mismo de derechos humanos está íntimamente ligado al de FF.AA. (militares y policía). Hablando sin eufemismos, la otra

91. Centro de Monitoreo del Desplazamiento Interno, *México: Desplazamiento debido a violencia criminal y comunal*. IDMC/Norwegian Refugee Council, 25 de noviembre 2011. Accesible en [http://www.internal-displacement.org/8025708F004BE3B1/\(httpInfoFiles\)/3FFD71960CD106F1C1257953004BCB84/\\$file/mexico-overview-nov2011-sp.pdf](http://www.internal-displacement.org/8025708F004BE3B1/(httpInfoFiles)/3FFD71960CD106F1C1257953004BCB84/$file/mexico-overview-nov2011-sp.pdf)

92. TENORIO ADAME, Manuel Miguel, «Seguridad, supremacía civil y fuero de guerra y derecho militar», en CIENFUEGOS SALGADO, David y CIFUENTES VARGAS, Manuel (coords.), *El ilícito y su castigo. Reflexiones sobre la cadena perpetua, la pena de muerte y la idea de sanción en el derecho*, Editorial Laguna, México, 2009, p. 309.

cara de los derechos humanos está representada por las FFAA. en un sentido genérico. En efecto, son las fuerzas militares y de policía las que en todo orden social, genuinamente democrático o no, tienen el monopolio legítimo del uso de la fuerza y dependerá de su conducta y de los mecanismos que existan para fiscalizarlas, que exista o no un debido respeto de los derechos de la persona humana⁹³.

Aquí tratamos de destacar las posibles herramientas con las que cuenta el Congreso de la Unión —así como las que en otros países se emplean— para ejercer su función de control sobre las misiones militares. Esa función de control resulta esencial para la vigencia de los derechos humanos. Como trataremos de argumentar, el control parlamentario no se restringe necesariamente a la mera autorización del despliegue del ejército, sino también a la supervisión de su desarrollo, ante la posibilidad de que las tareas desarrolladas por los soldados generen consecuencias indeseables, como violaciones de derechos humanos en contra de civiles, ante las que el parlamento no debiera permanecer inactivo.

El ministro José Ramón Cossío, dentro del debate del Conflicto competencial 38/2012, expresó que conforme al artículo 21 constitucional, las instituciones de seguridad pública deben tener un carácter civil y «que el Ejército no está para cumplir funciones de seguridad pública en términos de la propia Constitución»⁹⁴. Además, indicó que mientras no nos encontremos dentro de una suspensión de garantías, en un estado de guerra, o se hubiera emitido un decreto presidencial conforme al 89, fracción VI de la Constitución, el Ejército no podría encontrarse fuera de los cuarteles militares.

93. VIVANCO, José Miguel, «Los derechos humanos y las misiones de las fuerzas militares y policía», en AA. VV. *Estudios básicos de Derechos Humanos*, tomo II, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1995, p. 526.

94. Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 7 de agosto de 2012.

El ministro señaló, por tanto, que las órdenes que Felipe Calderón emitió y las funciones que realizó el ejército durante este sexenio, resultaron anticonstitucionales.

7. HACIA UN CONCEPTO MODERNO

DE «CONFLICTO ARMADO DE ÍNDOLE NO INTERNACIONAL»

Mucho se ha debatido recientemente sobre la posibilidad de calificar la situación en México como un «conflicto armado». Se cuestiona esto para intentar negar la competencia de la CPI sobre los crímenes que aquí ocurren, pero conviene aclarar que si —en un caso hipotético— no se admitiera la existencia de un conflicto armado, ello no obstaría para que la CPI juzgue las agresiones contra migrantes como posibles crímenes de lesa humanidad.

Ahora bien, la jurisprudencia internacional ha avanzado mucho en la definición de los conflictos armados no internacionales. Su existencia se define siempre analizando cada caso, pues no existen estándares únicos u homogéneos para decidir sobre el asunto⁹⁵. Se trata de conflictos en los que fuerzas armadas, en cada bando, participan en hostilidades que son en muchos aspectos similares a una guerra de carácter internacional, pero tiene lugar dentro de los confines de un país⁹⁶.

En un conflicto no internacional, las partes no son Estados soberanos, sino un Estado enfrentando a una o más facciones en su territorio⁹⁷. La expresión «conflicto armado» introduce un criterio material: la existencia de hostilidades abiertas entre fuerzas armadas organizadas en un grado menor o mayor⁹⁸. Son conflictos armados no solamente aquellos en los que se presenta violencia

95. Tribunal Penal Internacional para Ruanda. *Rutaganda (Trial Chamber)*, 6 de diciembre 1999, párr. 93.

96. Tribunal Penal Internacional para Ruanda. *Kamuhanda (Trial Chamber)*, 22 de enero 2004, párr. 722.

97. Tribunal Penal Internacional para Ruanda. *Musema (Trial Chamber)*, 27 de enero 2000, párr. 248.

98. *Ídem*.

prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, sino incluso si existe tal situación entre dichos grupos dentro de un Estado⁹⁹.

El precedente del Caso Akayesu resulta de la mayor importancia en la situación en México, pues múltiples voces argumentan —sin ofrecer pruebas para sustentar su dicho— que las autoridades gubernamentales nada tienen que ver con la violencia en el país, y que las decenas de miles de muertes, decapitaciones, desapariciones forzadas y otros crímenes semejantes son responsabilidad exclusiva de los cárteles del narcotráfico. Incluso si se admitiera esta hipótesis como cierta, la CPI continúa siendo competente para realizar una investigación y posteriormente sancionar a los responsables, pues el conflicto armado interno también puede existir cuando grupos armados (como los cárteles) se enfrentan de forma prolongada dentro del territorio del Estado (aunque el gobierno del Estado no hubiera participado en el conflicto).

Desde hace tiempo ha quedado claro que meros actos de vandalismo, disturbios, tensiones internas e insurrecciones desorganizadas y de corta duración deben excluirse del concepto de conflicto armado interno¹⁰⁰. Lo mismo puede decirse de motines, actos de violencia aislados y esporádicos, así como otros actos de naturaleza similar¹⁰¹. Tratar de equiparar los crímenes, el armamento, los métodos y la violencia que vive México con un motín o con actos de pillaje, resulta a todas luces un despropósito. Es prácticamente imposible sostener que las actividades llevadas a cabo por los cárteles de la droga puedan calificarse como «vandalismo» o disturbios esporádicos.

Un conflicto armado de carácter no internacional exige un grado de organización que permita al grupo armado o fuerzas disidentes

99. Tribunal Penal Internacional para Ruanda. *Akayesu (Trial Chamber)*, 2 de septiembre 1998, párrs. 619-621, 625.

100. Tribunal Penal Internacional para Ruanda. *Rutaganda (Trial Chamber)*, 6 de diciembre 1999, párr. 92.

101. Tribunal Penal Internacional para Ruanda. *Kayishema and Ruzindana (Trial Chamber)*, 21 de mayo 1999, párr. 171.

planear y llevar a cabo operaciones militares concertadas e imponer disciplina en nombre de una autoridad de facto¹⁰². Esto se exige porque los grupos armados deben tener la capacidad de cumplir o aplicar los principios y prohibiciones del protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra¹⁰³. Llevar a cabo operaciones militares sostenidas y concertadas implica que sus operaciones deben ser continuas y planeadas, y que los grupos armados deben dominar una parte del territorio suficiente para eludir el control de las fuerzas gubernamentales¹⁰⁴. Estos requisitos quedan claramente acreditados en el caso mexicano.

El Centro de Monitoreo del Desplazamiento Interno del Consejo Noruego para Refugiados estableció, a finales de 2011, que la situación en México «en realidad constituye un conflicto armado interno», de acuerdo con los estándares del derecho internacional¹⁰⁵. Teóricos e investigadores han llegado a la misma conclusión y han afirmado que «un análisis *prima facie* de la violencia en México bajo los criterios establecidos por el Derecho Internacional Humanitario muestra que, de hecho, la situación constituye un conflicto armado no internacional»¹⁰⁶.

Además, el Barómetro de conflictos de la Universidad de Heidelberg consideró, desde hace años, que México vive una guerra solo comparable con las guerras en Afganistán, Somalia, Irak, Pakistán y Sudán¹⁰⁷. Esta clasificación fue ratificada en 2012, señalando que

102. Tribunal Penal Internacional para Ruanda. *Akayesu* (Trial Chamber), 2 de septiembre 1998, párr. 626.

103. Tribunal Penal Internacional para Ruanda. *Musema* (Trial Chamber), 27 de enero 2000, párr. 258.

104. Tribunal Penal Internacional para Ruanda. *Akayesu* (Trial Chamber) 2 de septiembre 1998, párr. 626.

105. Centro de Monitoreo del Desplazamiento Interno, *México: Desplazamiento... op. cit.*

106. ALBUJA, Sebastián, *Generalized criminal violence in Mexico: basis, priorities, and challenges for humanitarian engagement*, paper prepared for the World Conference on Humanitarian Studies, 2-5 de junio 2011, Tufts University, Medford, Massachusetts.

107. Heidelberg Institute for International Conflict Research, *Conflict Barometer* 2010. Accesible en <http://hiik.de/en/konfliktbarometer/>

el único conflicto en América que puede catalogarse como guerra es el del gobierno mexicano con los cárteles de la droga¹⁰⁸.

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia determinó claramente, en el caso Limaj, que las motivaciones de los grupos que participan en conflictos no internacionales son irrelevantes para determinar si es aplicable el Derecho Penal Internacional¹⁰⁹. El mismo Tribunal ha venido desarrollando una clara jurisprudencia sobre los conflictos armados internos. Para reconocer su existencia ante una corte internacional, hace falta analizar particularmente la intensidad de la violencia y la organización de los grupos que toman parte en las hostilidades. La intensidad se determina por i) la duración del conflicto, ii) el tipo de armas usadas, iii) el empleo de fuerzas militares y iv) el desplazamiento de civiles¹¹⁰.

La violencia en México tiene por lo menos siete años en alta intensidad. El gobierno de Felipe Calderón reconoció, al final de su gobierno, 64 mil 786 muertes relacionadas con la lucha contra el crimen organizado. Según datos periodísticos del semanario *Zeta*, la cifra asciende en realidad a 83 mil ejecuciones¹¹¹. En el sexenio de Enrique Peña Nieto, el gobierno reconoce 15,350 averiguaciones previas por homicidios durante los primeros diez meses de 2013, lo que daría un total oficial de más de 80 mil muertos¹¹².

En el país se observa el uso cotidiano de armas como R-15 y AK-47, de ametralladoras calibre 7.62 mm., explosivos C-4, cohetes antitanque M72 y AT-4, lanza cohetes RPG-7, lanzagranadas MGL calibre 37 mm., granadas de 37 y 40 mm., además de fusiles Ba-

108. Heidelberg Institute for International Conflict Research, *Conflict Barometer* 2012.

109. International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. *Prosecutor v. Fatmir Limaj, Haradin Bala and Isak Musliu*, 30 de noviembre 2005.

110. International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *Prosecutor v. Du [KoTadi] a/k/a/ «Dule»*. Judgment [Trial Chamber], 7 de mayo 1997; Íd. *Prosecutor v. Ljube BoKoski and Johan Tarculovski*, 10 de julio 2008.

111. Véase, <http://aristeguinoicias.com/2711/mexico/83-mil-muertes-en-el-sexenio-de-calderon-semanario-zeta/>

112. Véase, <http://m.insightcrime.org/pages/article/5033>

ret calibre .50, y armas con capacidad para disparar municiones calibre 5.7 x 28, las cuales son capaces de penetrar distintos tipos de blindajes, constituyendo de las más utilizadas en conflictos armados¹¹³. Desde hace tiempo hemos denunciado que en México se emplean minas¹¹⁴, armas prohibidas por tratados internacionales ratificados por nuestro país¹¹⁵. Esta información se ha confirmado oficialmente, pues en el primer informe anual de la PGR, bajo la nueva administración de Peña Nieto, se afirmó que el 24% de los artefactos explosivos decomisados a la delincuencia organizada fueron minas antipersonales. De acuerdo con el Tribunal se debe considerar también el uso del ejército en lugar de las fuerzas policíacas para combatir a los grupos armados, elemento claramente acreditado en México, con más de 50 mil soldados desplegados en nuestro territorio¹¹⁶.

Finalmente, se debe evaluar la existencia de desplazamiento de civiles que, conforme a datos recientes de Parametría, llega en México a la alarmante cifra de 1.6 millones de personas¹¹⁷. Sobre la organización de los cárteles de la droga, se puede señalar que tienen estructuras claramente jerarquizadas, con líneas de mando y que operan a escala internacional. Los cárteles de la droga en México son considerados grupos formalmente organizados por la base de datos UCDP de la Universidad de Uppsala, en Suecia¹¹⁸.

113. BARRÓN Cruz, Martín Gabriel, «El tráfico de armas hacia México», en *INACIPE Digital*, Instituto Nacional de Ciencias Penales. Accesible en <http://digital.inacipe.gob.mx/post/16771679772/el-trafico-de-armas-hacia-mexico>.

114. SANDOVAL, Netzaí, «La competencia de la Corte Penal Internacional para conocer de crímenes de guerra y de lesa humanidad en México», en *El Cotidiano* N° 172, Año 27, marzo-abril 2012.

115. Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción.

116. Human Rights Watch, *Ni Seguridad, Ni Derechos... op. cit.*

117. Parametría. *México y sus desplazados*. Accesible en <http://www.parametria.com.mx/DetalleEstudio.php?E=4288>

118. Uppsala Conflict Data Program, *Conflicenciclopedia*, UCDP, Uppsala Universitet. Accesible en http://www.ucdp.uu.se/gpdatabase/gp-country.php?id=107®ionSelect=4-Central_Americas consultado el 1 de diciembre de 2011.

En efecto, estos cárteles tienen estructuras jerárquicas claramente definidas, que operan de forma piramidal y que actúan en todo el territorio mexicano, de acuerdo con datos de la Subprocuraduría de Investigación Especializada en Delincuencia Organizada (SIEDO) del Gobierno Federal, que es la principal responsable del combate a la delincuencia organizada desde corporaciones civiles del Gobierno Federal mexicano¹¹⁹. Los cárteles de la droga son tan poderosos que han asesinado a importantes políticos en México. Por ejemplo, el asesinato de Rodolfo Torres Cantú (virtual gobernador del Estado de Tamaulipas) generó conmoción en el país¹²⁰. Desde 2006 a 2013 han sido asesinados 47 alcaldes¹²¹ y estos crímenes no se detienen, pues el último ocurrió en noviembre de 2013, cuando fue encontrado el cuerpo del alcalde michoacano de Santa Ana Maya, Ygnacio López Mendoza, quien fue torturado antes de ser asesinado. Esto demuestra otra vez que el nuevo gobierno no ha logrado detener la crisis humanitaria en México.

En enero de 2009, el máximo comando militar del Pentágono reiteró su «creciente preocupación» por el riesgo de fracaso del Estado mexicano, ante la falta de éxito del gobierno de Felipe Calderón para contener al narcotráfico, la narcoviolenencia y, en general, al crimen organizado que intimida, secuestra y asesina en todos los sectores de la población mexicana¹²². Es evidente que las medidas ordinarias que instrumentan los Estados en todo el mundo, en materia de seguridad pública, no pueden considerarse un conflicto armado interno, y que una balacera común entre policías y delincuentes no constituye una batalla en el contexto de una guerra interna. Pero también es cierto que las estrategias militares implementadas en países como México y Colombia no constituyen políticas ordinarias de seguridad pública; que en México se utilizan armas incapaces de distinguir entre objetivos civiles y militares; que existe un despliegue masivo del Ejército, Fuerza Aérea y Marina, y que las operaciones

119. Véase, <http://www.jornada.unam.mx/2011/11/09/politica/005n1pol>

120. Véase el siguiente video y fotografías <http://youtu.be/NdN26Y8hfiI>

121. Ricardo Baptista, director ejecutivo de la Asociación de Autoridades Locales de México, noviembre de 2013.

122. Véase, http://www.politifobia.com/site2/nacional/noti_1529.php

de los bandos en conflicto se desarrollan a gran escala, al menos desde hace siete años.

Hoy nos indigna y nos sorprende que hubiera una época —itodavía en el siglo XXI!— en que las convenciones de Ginebra no protegían a los civiles. En el futuro esa misma indignación invadirá a quienes se pregunten cómo es que algunas personas se oponían a que los mínimos establecidos por el Derecho Internacional Humanitario tuvieran que respetarse también en los conflictos derivados de estrategias bélicas como la «guerra contra las drogas».

8. EL FUTURO PARA MÉXICO Y LA LUCHA DE LA SOCIEDAD CIVIL POR DETENER LA CRISIS HUMANITARIA

Junto con múltiples organizaciones civiles estamos impulsando una iniciativa de ley para tipificar en las leyes mexicanas no solo los cuatro delitos que contempla el Estatuto de Roma, sino que además propondremos ampliar el catálogo de delitos contra la humanidad para incluir también los delitos de «Golpe de Estado» y de «Terrorismo de Estado». Además, plantaremos la creación de una jurisdicción universal en México para juzgar esos dos delitos que no se incluyen ya en el Estatuto de Roma, y poner fin a la impunidad de estas atrocidades. Lo anterior, pese a que no exista un vínculo entre los hechos —ocurridos en otras naciones— y la competencia de los tribunales mexicanos.

Confiamos en que la presión internacional llevará a la OTP de la CPI a colocar bajo análisis preliminar la situación de México. Este trabajo ha pretendido exponer la gravedad de la situación en nuestro país y ofrecer una visión general sobre los argumentos que hemos ofrecido a la OTP bajo el amparo del artículo 15 del Estatuto de Roma. No incluye la totalidad de pruebas documentales, bases de datos, testimonios, informes y otros medios de convicción que presentamos, pero el lector puede ya comprender las líneas argumentales de nuestro escrito.

El gobierno alegó una y otra vez que las masacres que vivimos cotidianamente son necesarias para recuperar la seguridad en

un futuro lejano, pero olvidaba que el fin no justifica los medios. Felipe Calderón declaró reiteradamente saber que su guerra causaría muertes humanas y que estaba dispuesto a pagar el precio¹²³. Sacrificar la vida de los gobernados de forma consciente, es una decisión que ningún gobernante debe tomar impunemente. Algunos abogados, e incluso voces críticas con la estrategia gubernamental del sexenio de Calderón, temen que si nuestra petición prospera, podría significar un menoscabo a la soberanía mexicana.

Nuestros argumentos técnicos han sido ya expuestos. Pero ante una discusión de orden ideológico, me permito ofrecer, en defensa de nuestro esfuerzo, un argumento enarbolado por el que ha sido considerado el genio paradigmático del siglo XX:

Si la situación económica no puede aclararse sin regulación sistemática ¡Cuánto más necesaria es tal regulación para lidiar con los problemas internacionales de la política! Pocos son los que todavía se aferran a la noción de que actos de violencia en la forma de guerras son ventajosos o dignos de la humanidad como métodos de solución de problemas internacionales. Pero no somos suficientemente consistentes para hacer esfuerzos vigorosos en nombre de las medidas que podrían prevenir una guerra, esa salvaje y demeritada reliquia de la época del barbarismo. Se requiere poder de reflexión para ver el asunto claramente y un cierto coraje para servir esta gran causa resuelta y efectivamente. Cualquiera que realmente quiera abolir la guerra debe declararse a sí mismo resueltamente en favor de una sesión parcial de soberanía de su país en favor de instituciones internacionales: debe estar listo para hacer su propio país dócil, en caso de una disputa, a la adjudicación de un tribunal internacional¹²⁴.

123. Ver sus declaraciones del 2 de mayo y 5 de julio de 2007, y 15 de mayo de 2009. Por citar algunos ejemplos, Revista *Nexos* <http://redaccion.nexos.com.mx/?p=2571>; ver también las declaraciones a *El País*, publicadas el 15 de junio de 2008.

124. EINSTEIN, Albert, *Ideas and opinions*, Crown Publishers, Nueva York, 1954, p. 101.

V

LA REPARACIÓN COMO PROCESO. LA CONTRIBUCIÓN DE LOS ESPACIOS PSICOSOCIALES PARA UNA JUSTICIA REPARATIVA. LA EXPERIENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Gina Donoso

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo explora las nociones de justicia y reparación, entendiendo estos conceptos como procesos y no como fines o resultados en sí mismos. Se analizan principios de justicia procesal y su relevancia como efectos reparadores para las víctimas y cómo los juicios y procesos judiciales, por sí solos, no son suficientes para compensar el sufrimiento de las víctimas. Esto refuerza los argumentos de que la participación de las víctimas y la manera en que son tratadas en los procesos de justicia pueden brindarles reconocimiento y ser un factor importante para su bienestar integral.

La justicia no comienza ni termina con el juicio. Los procesos previos, y las actividades posteriores (cumplimiento de reparaciones, monitoreo, etc.) a los actos judiciales suelen ser los que conllevan una gran carga emocional. Como afirma Wendy Lobwein, las audiencias en sí mismas pueden crear cierta distancia emocional como resultado de la naturaleza ordenada de las cortes. Por ejemplo, muchos testigos han dicho que la preparación de su declaración para la corte fue más intensa que el juicio propiamente dicho, porque el tribunal es teatral, ordenado y disciplinado. Muchos testigos, que están emocionalmente afectados durante el trabajo previo, en la audiencia se muestran bastante fuertes y

elocuentes¹. «Las salas [de espera] ven el peso de las emociones, la ansiedad ante los tribunales y las lágrimas, las pausas, la ira, la frustración o la felicidad, el placer, la emoción, todo sucede fuera de la sala de juicio»².

Desde este enfoque, se revisa la experiencia de la CPI, las fortalezas y desafíos que enfrenta en su desarrollo jurisprudencial y procesos de justicia centrados en las víctimas. Se analiza el impacto de las intervenciones psicológicas o psicosociales en casos ante la CPI como espacios necesarios para potenciar procesos participativos, abiertos, así como precautelar el bienestar integral de las víctimas y sobrevivientes, proteger sus derechos en dichos procesos, construir procesos reparadores más efectivos e integrales, y lograr mayor efectividad de los procedimientos legales.

1. LOS EFECTOS DE LA JUSTICIA

Los crímenes internacionales no solo implican una permisibilidad sino, a menudo, la colaboración de las autoridades gubernamentales en su cometimiento. En este sentido, la credibilidad y la confianza de las víctimas respecto a su mundo social suelen verse profundamente afectadas³. Adicionalmente, aunque diversos estudios han demostrado repetidamente que las víctimas buscan reconocimiento y ser incluidas en los procesos judiciales⁴, esto

1. LOBWEIN, Wendy, «Experiences of the Victims and Witnesses Section at the ICTY», en EWALD, Uweand TURKOVIC, Ksenija (ed.), *Large-Scale Victimization as a Potential Source of Terrorist Activities: Importance of Regaining Security in Postconflict Societies*, Amsterdam, IOS Press, 2006 (trad. de la autora).

2. HENRY, Nicola, «Witness to Rape: The Limits and Potential of International War Crimes Trials for Victims of Wartime Sexual Violence», en *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 3, 2009, p. 79.

3. WEMMERS Jo-Anne y MANIRABONA Amissi, «Regaining Trust: The Importance of Justice for Victims of Crimes against Humanity», en *International Review of Victimology*, vol. 20, N° 1, 2014, p. 101.

4. EREZ, Edna y ROBERTS, Julian, «Victim Participation in the Criminal Justice Process: Normative Dilemmas and Practical Responses», en KNEPPER, Paul y SHOHAM, Shlomo (eds.), *International Handbook of Criminology*, Francis and Taylor, Londres, 2010, pp. 599-619. KELLY,

generalmente no sucede dentro las prácticas legales. No es inusual que las víctimas terminen frustradas y sintiendo que no se ha hecho justicia⁵. Durante los procesos judiciales es común que las víctimas se conviertan en la «parte olvidada»⁶, o hayan experimentado victimización secundaria⁷ dentro los procedimientos⁸ y sean consideradas, usualmente, una molestia⁹.

Esto complejiza, como veremos más adelante, el impacto emocional que experimentan las víctimas de crímenes internacionales, tanto por el crimen cometido contra ellas, como por su recorrido por los procesos de justicia.

Se conoce muy poco acerca de la eficacia de la justicia penal internacional en cuanto a su capacidad de facilitar la reparación de las víctimas y la reconciliación de las sociedades después de situaciones de violencia¹⁰. El impacto de los procedimientos penales internacionales sobre las víctimas es en gran parte desconocido, principalmente porque son muy pocas personas las que llegan a

Deborah y EREZ, Edna, «Victim Participation in the Criminal Justice System», en DAVIS, R.C., LURIGIO, L.J. y SKOGAN, W. (eds.), *Victims of Crime*, Sage, Thousand Oaks, CA., 1997, pp. 231-244.

5. WEMMERS, Jo-Anne, «Reparation and the International Criminal Court: Meeting The Needs of Victims», en *Report of the Workshop held January 28th, 2006*, organized by the Research Group Victimology and Restorative Justice, International Centre for Comparative Criminology, University of Montreal, junio 2006, p. 2.

6. ZEHR, Howard y MIKA, Harry, «Fundamental Concepts of Restorative Justice», en McLaughlin, E., FERGUSSON, R., HUGHES, G. y WESTMARLAND, L. (eds.), *Restorative Justice Critical Issues*, Sage, Londres, 2004.

7. Entendemos por victimización secundaria los efectos que se producen en las víctimas y sus familias como resultado de las relaciones establecidas entre ella y el sistema jurídico y los procesos ulteriores de reparaciones. Este tipo de victimización contribuye, generalmente, a agravar el daño psicológico de la víctima y/o a cronificar el sufrimiento.

8. BIGGAR, Nigel, *Burying the Past: Making Peace and Doing Justice after Civil Conflict*, Georgetown University Press, Georgetown, 2003.

9. TRULSON, Chad, «Victims' rights and services: eligibility, exclusion, and victim worth», en *Criminology & Public Policy*, vol. 4, N° 2, Columbus, mayo 2005, pp. 374-399.

10. WEMMERS, Jo-Anne, «Victims' experiences in the criminal justice system and their recovery from crime», en *International Review of Victimology*, 19(3), 2013, pp. 1-13.

testificar y, de ellas, la mayoría ha tomado medidas para proteger su identidad. Además, son muy pocas las medidas de seguimiento y monitoreo que se llevan a cabo con los testigos¹¹. Existen varias posiciones respecto del rol de los procesos de justicia y el bienestar emocional de las personas que acuden a estos. Por ejemplo, Diane Orentlicher¹² sostiene que «la obligación en el derecho internacional para procesar a violaciones de los derechos humanos se basa en una creencia fundamental de que los juicios pueden ayudar a los efectos tóxicos de la impunidad»¹³.

Asimismo, Stover identificó que, en general, la experiencia de rendir testimonio fue positiva para la mayoría de víctimas¹⁴. Las principales conclusiones de su estudio, realizado en el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (ICTY por sus siglas en inglés), es que «en condiciones adecuadas las cortes internacionales pueden reconocer el sufrimiento de las víctimas y ayudarles a cumplir con su deber moral para hablar en nombre de los muertos»¹⁵.

Lobwein argumenta que, a pesar de las limitaciones inherentes de los tribunales penales internacionales, hay formas en que los testigos son capaces de utilizar la experiencia de testificar para traer un poco de fuerza y resolución a partes de sus vidas¹⁶.

Por otro lado, un estudio realizado por el Centro de Rehabilitación de Víctimas de Tortura Kosova (KRCT)¹⁷, en el cual se preguntó

11. HENRY, Nicola, «Witness to Rape: The Limits and Potential of International War Crimes Trials for Victims of Wartime Sexual Violence»... *op. cit.*, p. 130.

12. Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, E/CN.4/2005/102/Add.1, 2005.

13. *Ibid.*, p. 124.

14. STOVER, Eric, *The Witnesses: War Crimes and the Promise of Justice in The Hague*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, PA., 2005.

15. BIGGAR, Nigel, *Burying the Past: Making Peace...* *op. cit.*, p. 83.

16. LOBWEIN, Wendy, «Experiences of the Victims and Witnesses Section at the ICTY»... *op. cit.*, p. 127.

17. Kosova Rehabilitation Center for Torture Victims (KRCT), Study with the Clients Treated at the KRCT, from the Witnesses and the Kosovo Population Regarding the Possibility of their Retraumatization during the Trial Process of Milosevic in Hague, mayo 2002.

a alrededor de 160 personas sobre sus experiencias de testificar en el juicio de Slobodan Milosevic, el 62% reportó sentirse «mucho más traumatizado».

Fletcher y Wienstein¹⁸ y McCarty¹⁹ son igualmente críticos en cuanto al rol de la justicia penal internacional como elemento fundamental para la reparación social, afirmando que la reintegración social no es de por sí la función o fin último de los tribunales internacionales.

Existen, ciertamente, varias limitaciones de los procesos de justicia como catalizadores de recuperación emocional de las víctimas. Por un lado, la apertura de recuerdos y sentimientos asociados al dolor y la humillación, que producen violaciones como la tortura y la desaparición forzada, puede tener efectos negativos; por ende, la catarsis se debe hacer en un contexto donde los recuerdos abrumadores puedan ser contenidos y trabajados apropiadamente²⁰. Esto no suele suceder en estos escenarios, donde a menudo la seguridad es un problema y el acceso a profesionales de salud mental calificados puede ser limitado²¹. Además, la narración de los hechos traumáticos va generalmente dirigida al recuento de acontecimientos externos (por ejemplo, fechas, potencial agresor, lugar). La historia subjetiva e impactos íntimos son muchas veces tratados como cuestiones secundarias, o incluso, a veces, abiertamente tratados como una molestia durante los procedimientos²².

18. FLETCHER, Laurel y WEINSTEIN, Harvey, «Violence and Social Repair: Rethinking the Contribution of Justice to Reconciliation», en *Human Rights Quarterly*, vol. 24. 2002, pp. 573–639.

19. McCARTHY, Conor, *Reparations and Victim Support in the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Nueva York, 2012.

20. HERMAN, Judith Lewis, *Trauma and recovery: The aftermath of violence from domestic abuse to political terror*, Basic Books, Nueva York, 1992.

21. BERISTAIN, Carlos M., *Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el Sistema Interamericano*, Universidad Santo Tomás-PNUD-IIDH, Bogotá, 2010; DONOSO, Gina, «Inter-American Court of Human Rights' Reparation Judgments. Strengths and Challenges for a Comprehensive Approach», en *Revista IIDH*, vol. 48, 2010, p. 29.

22. CLARK, Phil y KAUFMAN, Zachary, *After Genocide. Transitional Justice, Post Conflict Reconstruction and Reconciliation in Rwanda and Beyond*, Hurst and Company, Londres, 2008.

Asimismo, muchas veces existe la creencia de que las intervenciones psicosociales afectan la neutralidad de los procesos legales y, por ende, su marco de acción debe ser limitado.

No creo que estas intervenciones [psicosociales] deban ser demasiado estrechamente vinculadas con los procesos de litigio, excepto el asesoramiento postraumático inmediato si es que es necesario. Es importante mantener una posición neutral, aunque manteniendo la actitud de apoyo hacia las víctimas y la sociedad. El monitoreo es entonces clave para el tratamiento completo y la entrega a los equipos de apoyo local²³.

Finalmente, la implementación de las diversas medidas de reparación requiere de consulta y evaluación sobre el terreno, y una valoración de los esfuerzos e iniciativas preexistentes, lo que a su vez representa varios desafíos:

En mi experiencia en los países en los que la CPI está activa, los servicios de salud mental tienden a ser *ad hoc* y poco coordinados, por lo general proporcionados por las ONGs en lugar de autoridades de los servicios nacionales de salud, y a menudo dirigidos a comunidades específicas, como víctimas de violencia sexual. [...] También podría ser difícil encontrar profesionales calificados que estén familiarizados y conocen las lenguas de las poblaciones afectadas [...]. Yo creo que si los procesos de reparación integrales y culturalmente sensibles se pudieran lograr, esto podría aliviar las necesidades inmediatas (para la salud, tratamiento, rehabilitación, apoyo material, etc.) y abordar directamente y de manera apropiada el daño causado por los crímenes²⁴.

23. LAPERRIERE, André, exdirector del Fondo Fiduciario para Víctimas (TFV, por sus siglas en inglés), comunicación personal, 8 de agosto 2012 (trad. de la autora).

24. McKAY, Fiona, jefa de la Unidad de Participación y Reparación de Víctimas, Corte Penal Internacional, comunicación personal, 23 de agosto 2012 (trad. de la autora).

Los argumentos que se explorarán en la siguiente sección coinciden desde sus diversas posiciones en que la justicia debería poder empoderar a las víctimas para re-contrar un sentido de autonomía en su vida, descubrir un nuevo sentido en sus experiencias, superar el aislamiento y ostracismo, y reintegrarse en sus comunidades²⁵.

2. JUSTICIA Y REPARACIÓN COMO ESPACIOS DE REINTEGRACIÓN SIMBÓLICA

La manera como las víctimas producen nuevas simbolizaciones, integra y otorga nuevos significados a sus experiencias de horror; es un tema que aún debe explorarse para llenar un vacío permanente en muchos contextos, incluyendo el ámbito de la justicia. Como Hamber afirma, el establecimiento de procesos de justicia es por sí mismo insuficiente para satisfacer las necesidades psicológicas de las personas afectadas²⁶. Los sobrevivientes de violencia extrema necesitan cierres y reintegración simbólicos que van más allá de rendir testimonio o ser reparados efectivamente.

Gran parte de los procesos de memoria y narración subjetivas dependen en gran medida del cómo se revelan, el contexto en que se revelan, lo que se revela, o el contenido del recuerdo mismo, a quién se revela y, por supuesto, la reacción de estas personas ante el testimonio²⁷. Walaza ha afirmado que «revelar no sana» y que muchos testigos no experimentaron «un cierre emocional» como resultado de su comparecencia ante la Comisión de Verdad y Reconciliación en Sudáfrica²⁸. Es necesario abrir espacios sociales y políticos, así como espacios terapéuticos que sostengan y validen la angustia, el

25. HENRY, Nicola, «Witness to Rape: The Limits and Potential of International War Crimes Trials for Victims of Wartime Sexual Violence»... *op. cit.*, p. 133.

26. HAMBER Brandon y WILSON Richard, «Symbolic Closure through Memory, Reparations and Revenge after Post Conflict», en *Journal of Human Rights*, 1(1), 2002, pp. 35-53.

27. *Ibid.*, p. 37.

28. FLETCHER, Laurel y WEINSTEIN, Harvey, «Violence and Social Repair...», *op. cit.*, p. 35.

terror, la rabia, y todos aquellos efectos ominosos que las víctimas pueden sentir al confrontarse con sus vivencias traumáticas, con el fin de que estos puedan ser simbolizados apropiadamente²⁹.

Las diversas formas de reparación pueden jugar un rol en la elaboración del duelo de las víctimas, ritualizando el cierre simbólico del trauma. Además, reconocen el sufrimiento y dan lugar a nuevas formas de memoria e historia, tanto individuales como sociales. Si las acciones reparativas toman una forma personalizada y participativa, ayudarán sin duda a (re)atribuir simbólicamente las responsabilidades por los crímenes cometidos y, por tanto, al manejo de culpas conscientes e inconscientes que, frecuentemente, se instalan en las víctimas³⁰. Ahora bien, es preciso aclarar que, desafortunadamente, ninguna reparación será completa nunca. Disculpas públicas, compensaciones, incluso exhumaciones, aunque indispensables y valiosas, aun cuando se ejecuten de manera exitosa, por sí mismas no pueden disminuir los diversos niveles de dolor y pérdida experimentados por las víctimas. Estas no aliviarán todas las consecuencias psíquicas de los sobrevivientes, pero constituyen ciertamente un inicio sólido para los procesos de elaboración subjetiva³¹.

El trabajo de la memoria vuelve a visitar el pasado como un turista alienado, y sus intentos de recuperación están constantemente socavados, tanto por la naturaleza fracturada de memoria y la irrecuperabilidad del tiempo. El trauma y los sentidos que lo acompañan de justicia, ira y dolor, se encuentran en las profundidades de la psique y son a la vez inconmensurables e inefables³².

29. LIRA, Elizabeth y CASTILLO, M. Isabel, *Psicología de la Amenaza Política y del Miedo*, Ediciones ILAS-CESOC, Santiago, 1991.

30. HAMBER Brandon y WILSON Richard, «Symbolic Closure through Memory, Reparations and Revenge after Post Conflict»... *op. cit.*, p. 37.

31. *Ibíd.*, p. 38.

32. *Ibíd.*, p. 46.

La resolución del trauma dependerá, en gran medida, de cómo las personas lo procesen a su propio ritmo, con sus propias herramientas y, por supuesto, del apoyo que reciban.

3. LA JUSTICIA COMO PROCESO REPARADOR

La experiencia de rendir testimonio en un juicio no necesariamente crea un daño psicológico a largo plazo, pero sí puede revelar la gran brecha existente entre las expectativas y los resultados³³. Las experiencias de víctimas son en parte formadas por sus expectativas subjetivas de justicia. Es más probable que una experiencia sea vivida como negativa cuando una disyunción emerge entre las expectativas y los resultados. Esto significa que acciones preventivas adecuadas, el juicio y la preparación de testigos y demás acciones de seguimiento, son esenciales para asegurar que las expectativas se encuentran con la realidad y que los testigos no experimentan decepciones inesperadas³⁴.

Thibaut y Walker introdujeron el concepto de la justicia procesal y argumentaron que, si bien los resultados de un proceso legal son importantes, la forma en que dichos procesos se desarrollan es especialmente importante³⁵. Más recientemente, Van den Bos y sus colegas³⁶ han demostrado que si bien la justicia distributiva y de procedimiento es importante, la gente suele recibir información procesal antes de conocer el resultado.

33. HENRY, Nicola, «Witness to Rape: The Limits and Potential of International War Crimes Trials for Victims of Wartime Sexual Violence»... *op. cit.*, p. 131.

34. *Ibíd.*, p. 134.

35. THIBAUT, John y LAURENS, Walker, *Procedural Justice: A Psychological Analysis*, Lawrence Erlbaum Associates, Hillsdale, N.J., 1975.

36. VAN DEN BOS, Kees y LIND, E. Allan, «Uncertainty Management by Means of Fairness Judgments», en Zanna, M. P. (ed.), *Advances in experimental social psychology*, vol. 34, Academic Press, San Diego, 2002, pp. 1-60; VAN DEN BOS, K., HAM, J., LIND, E. A., SIMONIS, M., VAN ESSEN, W. J., & RIJPKEMA, M., «Justice and the human alarm system: The impact of exclamation points and flashing lights on the justice judgment process», en *Journal of Experimental Social Psychology*, vol. 44, 2008, pp. 201-219.

Estos autores argumentan que la justicia o la percepción de esta se refiere, sobre todo, a la gestión de la incertidumbre. Cuando las personas se enfrentan a la incertidumbre de su entorno, basan sus impresiones en el trato que reciben para ayudarles a decidir cómo reaccionar. En otras palabras, el tipo de trato es especialmente importante cuando las personas se enfrentan a la incertidumbre. Las víctimas de crímenes se enfrentan a una gran cantidad de incertidumbre tras su victimización. Las víctimas encuentran, a menudo, elevados niveles de incertidumbre sobre el proceso de justicia penal, lo que sucederá con su causa, y qué papel van a jugar³⁷. Las víctimas no tienen el control formal sobre el proceso de justicia penal y, de acuerdo con Lind y Van den Bos, la incertidumbre se incrementa en situaciones en que las personas sienten que no tienen el control. Las víctimas, por lo general, también temen la reacción de sus perpetradores y/o de la sociedad. Por ejemplo, el carácter público y político de las comisiones de verdad y los tribunales de justicia ha dado paso a que las víctimas, en lugar de ser reconocidas, se conviertan en blanco de sospechas y depositarias de los males sociales (por ejemplo, la tristemente famosa frase «por algo habrá sido», que se utilizó comúnmente en América del Sur para justificar medidas represivas como las detenciones ilegales, torturas y desapariciones forzadas).

Tyler y Lind identifican tres factores determinantes de la justicia procesal: confianza, respeto y neutralidad³⁸. La confianza se relaciona con la preocupación del individuo sobre las intenciones de la autoridad (por ejemplo, ¿está la autoridad tratando de hacer lo correcto?). Respeto se define en términos de ser tratado con dignidad y acorde a los derechos del individuo. Cuando las personas son tratadas con dignidad y respeto, se sienten como miembros valiosos de la sociedad y se sienten bien consigo mismas. La neutralidad

37. SHAPLAND, Joanna, *et al.*, *Victims in the Criminal Justice System*, Gower Publishing, Aldershot, 1985.

38. LIND, E. Allan, *et al.*, «Procedural context and culture: Variation in the antecedents of procedural justice judgments», en *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 73, N° 4, 1997, pp. 767-78.

se refiere a la honestidad, la ausencia de sesgo, y tomar decisiones informadas basadas en los hechos del caso.

La mayoría de las víctimas de estudios empíricos realizados dijeron que habían sido capaces de hacer demandas, pero lo que más importaba era que se sentían escuchadas y no se vieron obstaculizadas³⁹. Los hallazgos parecen apoyar el punto de vista que se encuentra, comúnmente, en la literatura victimológica: que las víctimas buscan reconocimiento expresando su punto de vista y que este sea tomado en consideración⁴⁰.

Estos estudios confirman que, cuando las víctimas fueron tratadas de manera accesible, se les dio la oportunidad de expresarse, y si las autoridades mostraron interés por ellas y tomaron sus preocupaciones en consideración, es decir, cuando las personas son tratadas con dignidad y respeto, son más propensas a informar de que han sido tratados con justicia. La calidad de la interacción entre las víctimas y las autoridades judiciales es fundamental. Sobre la base de este modelo, el papel activo dado a las víctimas durante los juicios, junto con el trato respetuoso de la justicia penal, incrementan las percepciones de justicia de las víctimas.

A cambio de invertir en esta forma de equidad procesal, los operadores de la justicia penal pueden obtener muchos beneficios en su trabajo con víctimas. Tyler y Huo⁴¹ argumentan que las percepciones de justicia son vitales para garantizar la confianza y la cooperación con el sistema de justicia penal. Estas investigaciones muestran que la colaboración de la víctima con el sistema de justicia es baja, y las víctimas que han tenido previamente experiencias negativas con el sistema de justicia son menos propensas a reportar actos

39. WEMMERS, Jo-Anne y CYR, Katie. «What fairness means to crime victims: a social psychological perspective on victim-offender mediation», en *Applied Psychology in Criminal Justice*, 2(2), 2002, p. 107.

40. MAGUIRE, M., «The needs and rights of victims of crime», en TONRY, Michael (ed.), *Crime and justice: A review of the research*, University of Chicago Press, Chicago, 1991, pp. 363-433.

41. TYLER, T. y HUO, Y.J., *Trust in the law: Encouraging public cooperation with the police and courts*, Russell Sage Foundation, Nueva York, 2002.

delictivos futuros a la policía⁴². Al tratar a las víctimas con respeto y reconocimiento, los procesos de justicia pueden aumentar su fe en el sistema de justicia penal y su disposición a colaborar con las autoridades. Estos resultados subrayan la importancia de una formación adecuada de los operadores de justicia a todo nivel⁴³.

Van der Merwe llega a una conclusión similar sobre la base de su trabajo con los sobrevivientes en Sudáfrica⁴⁴. En este estudio se diferencia entre los conceptos de rendición de cuentas y justicia. Afirma que en la rendición de cuentas se trata de enfrentar a los autores con la inmoralidad de sus acciones y que expliquen lo que hicieron y por qué. Por el contrario, el castigo se trata de hacer que los responsables paguen por lo que hicieron. Por tanto, la responsabilidad está estrechamente asociada con el reconocimiento del mal cometido, lo que puede conducir a un castigo del delincuente. A pesar de esta importante distinción, las víctimas a menudo se citan en la retórica política como justificación para la imposición de sanciones más severas⁴⁵. Estos hallazgos sugieren que el castigo sin rendición de cuentas no es necesariamente satisfactorio para las víctimas y que, cuando ellas exigen una mayor rendición de cuentas, esto no es sinónimo de castigo más duro. Abrir un debate público sobre los crímenes que ocurrieron, puede ser visto por muchas víctimas como un paso importante hacia la justicia.

42. VAN DIJK, J.J.M., «Criminal victimization and victim empowerment in an international perspective», en J.J.M. VAN DIJK, R. van Kaam, & WEMMERS, J. (eds.), *Caring for victims of crime*. Monsey, Criminal Justice Press, Nueva York, 1999, pp. 15-40; VAN KESTEREN, J., MAYHEW, P & NIEUWBEERTA, P, *Criminal victimisation in seventeen industrialised countries*, WODC, La Haya, 2000.

43. WEMMERS, Jo-Anne, «Victims' experiences in the criminal justice system and their recovery from crime»... *op. cit.*, p. 124.

44. VAN DER MERWE, H. «What Survivors Say about Justice: An analysis of the TRC Victim Hearings», en CHAPMAN, A. R. y VAN DER MERWE, H. (ed.), *Truth and Reconciliation in South Africa: Did the TRC Deliver?* University of Pennsylvania Publishers, Philadelphia, PA., 2008, pp. 23-44.

45. WEMMERS, Jo-Anne y MANIRABONA, Amissi, «Regaining Trust: The Importance of Justice for Victims of Crimes against Humanity», en *International Review of Victimology*, 20, 2014, pp. 101-109.

En este mismo sentido, Danieli escribe sobre la conspiración del silencio que a menudo rodea los crímenes contra la humanidad⁴⁶. Y Stover encontró que para las víctimas en la ex Yugoslavia la «justicia significaba correr el velo de la negación» sobre el pasado⁴⁷. Este silencio es insoportable para las víctimas, cuyo dolor nace no solo por negación del pasado, sino, sobre todo, por la preocupación de que, con el tiempo, una nueva generación olvide lo ocurrido.

4. LAS INTERVENCIONES PSICOSOCIALES COMO FORMA DE REPARACIÓN

Los Principios Básicos de Naciones Unidas y las Directrices sobre el derecho a interponer recursos y obtener reparaciones⁴⁸ clasifican las diferentes formas de reparación: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

- La restitución se refiere a las medidas que devuelven a la víctima a la situación anterior a las violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos que fueron producidas (Principio 19). Ejemplos de restitución incluyen el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, reintegración en su empleo y la devolución de los bienes.
- La indemnización es aquella que debe ser proporcionada por cualquier daño evaluable económicamente, en forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las

46. DANIELI, Yael (ed.), *International Handbook of Multigenerational Legacies of Trauma*, Plenum Press, Nueva York, 1998.

47. STOVER, Eric, *The Witnesses: War Crimes and the Promise of Justice... op. cit.*, p. 143.

48. Asamblea General ONU, Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer Recursos y obtener Reparaciones. Resolución 60/147, 16 diciembre 2005.

circunstancias de cada caso (Principio 20). El daño que da lugar a la compensación puede ser consecuencia de un daño físico o mental; pérdida de oportunidades, incluidas las de empleo, educación y prestaciones sociales; daño moral; gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.

- La rehabilitación incluye la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales (Principio 21).
- La satisfacción incluye una amplia gama de medidas; por ejemplo, la búsqueda de los desaparecidos, la recuperación y el entierro de los restos, disculpas públicas, sanciones judiciales y administrativas, la conmemoración y la formación en derechos humanos (Principio 22).
- Las garantías de no repetición comprenden amplias medidas estructurales de naturaleza política, como las reformas institucionales destinadas al control civil sobre las fuerzas militares y de seguridad, el fortalecimiento de la independencia judicial, la protección de los defensores de los derechos humanos, la promoción de las normas de derechos humanos en el servicio público, los medios de comunicación, la industria y los servicios psicológicos y sociales (Principio 23).

En el contexto de crímenes internacionales, es imposible devolver a las víctimas a la situación anterior a la ocurrencia de los delitos. Algunos aspectos específicos de las pérdidas materiales se pueden evaluar, y la restitución en estos casos es posible. Sin embargo, el daño y el sufrimiento no se pueden deshacer. Los servicios de rehabilitación pueden ser vitales para asistir a las víctimas en la elaboración personal y social de estas pérdidas.

Los Principios Básicos de la ONU establecen que la rehabilitación debería incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales (Principio 21). Desde el punto de vista legal, una serie de tratados o instrumentos internacionales pertinentes examinan el concepto de rehabilitación. La Convención de la ONU

sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁴⁹ expone de manera integral algunas de las principales obligaciones de los Estados. Ordena a los Estados Partes comenzar las intervenciones psicosociales en la etapa más temprana posible, con base en una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona, y apoyar la participación e inclusión en la comunidad y en todos los aspectos de la sociedad⁵⁰.

La Convención sobre los Derechos del Niño⁵¹ menciona la Rehabilitación en el artículo 23, cuando se refiere a los servicios que deben estar disponibles para los niños con discapacidad, y en el artículo 24 el derecho al goce del grado máximo de salud, incluidos los servicios de rehabilitación. El Protocolo Facultativo de la Convención, relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados⁵², también se refiere en el artículo 7 al deber de los Estados Partes de cooperar en la rehabilitación y la reintegración de los niños víctimas de los conflictos armados.

Instrumentos jurídicos no vinculantes e iniciativas similares por parte de organismos de la ONU y la sociedad civil han sido cruciales para aclarar cuestiones importantes relacionadas con el derecho a la reparación. En el ámbito de las Naciones Unidas, el Fondo de Contribuciones Voluntarias de las Naciones Unidas para las Víctimas de la Tortura⁵³ da una definición muy clara respecto a la asistencia psicológica:

49. Asamblea General, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Doc. A/61/611, 13 diciembre 2006.

50. Redress, *Justice for Victims: The ICC's Reparations Mandate*, Redress Trust, Londres, 2011, p. 60.

51. Convención de los Derechos del Niño, adoptada en G/A/RES 44/25 de 20 noviembre de 1989, entrada en vigor: 2 septiembre 1990.

52. El Protocolo Opcional de la Convención sobre el Involucramiento de Niños en Conflictos Armados (2000) también se refiere al deber de los Estados Partes para cooperar en la rehabilitación y reintegración de los niños víctimas de conflictos armados. Ver Artículo 7 y la Declaración y Programa de Acción de Viena, 1993, párr. 50.

53. Conferencia Mundial de los Derechos Humanos, Declaración y Programa de Acción de Viena, A/CONF.157/23, 12 de julio 1993, párr. 59. Accesible en [www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(symbol\)/a.conf.157.23](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(symbol)/a.conf.157.23).

terapia individual, ya sea basada en terapia clínica, psicoanalítica, de comportamiento u otra, [...] para ayudar a las víctimas a reintegrarse gradualmente en la sociedad. La terapia psiquiátrica puede combinarse con medicamentos para aliviar los síntomas físicos y psicológicos⁵⁴.

En el marco de tribunales internacionales, hasta ahora, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reparado exclusivamente por medio de indemnizaciones, mientras que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no solo ha hecho hincapié en las dimensiones psicológicas y físicas de la rehabilitación⁵⁵, sino también en el daño a los llamados «proyecto de vida», que tiene la intención de llegar a una reparación integral a la víctima. Asimismo, cuando la Corte IDH otorgó tratamiento físico y psicológico, también ordenó que la medicación y el tratamiento del diagnóstico deben ser incluidos y cubiertos por el Estado, y que el tratamiento psicológico no debe limitarse a la víctima directa de la violación⁵⁶.

Ahora bien, partiendo del principio de que las reparaciones deben entenderse siempre en una perspectiva integral, con el fin de asumir toda la complejidad del individuo y de los daños colectivos producidos por la violencia, y aunque los principios de la ONU reconocen la rehabilitación psicológica como medida de reparación, el apoyo psicosocial no debería verse limitado en este sentido. Los procesos legales son usualmente largos y llenos de complejidades, por lo que las víctimas pueden necesitar un soporte permanente durante las diversas etapas del proceso. Como afirma Víctor Rodríguez Rescia, «el acompañamiento psicosocial debe ser permanente y transversal»⁵⁷.

Los procesos de justicia tendrán poco impacto positivo para las víctimas si no incluyen un elemento de participación. Es solo me-

54. Redress, *Justice for Victims... op. cit.*, p. 43.

55. Redress, *La Rehabilitación como una forma de Reparación con arreglo al Derecho Internacional*, Redress, Londres, 2009, p. 50.

56. *Ibid.*, p. 60.

57. Miembro del Sub-Comité para la Prevención de la Tortura de Naciones Unidas, comunicación personal, 1 de agosto 2012.

dian­te su participación que es posible entender y abordar el impacto de violaciones en comunidades victimizadas. El posicionamiento de las víctimas como actores clave en el proceso de justicia les da poder y asegura que los procedimientos criminales sean significativos para ellas⁵⁸. Un trabajo interdisciplinario que integre estrategias de intervención psicosocial sensibles, adecuadas y oportunas, es el que marcará la diferencia en las percepciones de justicia y participación de las personas, así como sus niveles de confianza y, por ende, de colaboración conjunta con el sistema legal.

5. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

A escala internacional, la CPI, desde su creación, ha sido posicionada —y continúa posicionándose a través de sus sentencias— como un tribunal que busca hacer justicia centrado en las víctimas. La CPI permite a los representantes de las comunidades de víctimas expresar sus opiniones y preocupaciones en las distintas etapas del procedimiento y presentar sus demandas de restitución. Los primeros casos presentados ante el Tribunal han demostrado que los representantes de las víctimas tienen espacio para intervenir ya en la fase previa al juicio, ejerciendo presión sobre la Fiscalía para tomar en cuenta las opiniones de las víctimas en la construcción de su caso y la recopilación de evidencia. Varias disposiciones se han hecho para proteger los intereses de los testigos-víctimas, incluso mediante el uso de testimonios en video. Y lo más importante, el Estatuto de Roma⁵⁹ ha promovido la aplicación adecuada de las disposiciones de las víctimas a través de la creación de una unidad dedicada a ayudarlas, tanto emocional como logísticamente. Otro elemento importante es la creación del Fondo Fiduciario para Víctimas (TFV, por sus siglas en inglés), el cual se analizará más adelante.

58. HAMBER Brandon y WILSON Richard, «Symbolic Closure through Memory, Reparations and Revenge after Post Conflict»... *op. cit.*; BERI-STAIN, Carlos M., *Diálogos sobre la reparación...* *op. cit.*

59. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1998.

En contraste con los tribunales internacionales y mixtos anteriores, el Estatuto de Roma de la CPI establece un papel autónomo para las víctimas en los procesos judiciales. El Estatuto introduce el derecho de las víctimas a participar en los procedimientos judiciales, lo que marca un hecho sin precedentes en la historia de la justicia penal internacional; también reconoce una serie de derechos, incluyendo el derecho a la reparación. Más de una década después de la entrada en vigor del Estatuto de Roma, la CPI se encuentra bajo mayor escrutinio cuando se trata de la ejecución de su mandato «pro víctimas». Han surgido críticas sobre los costos y el trabajo adicional que implica la ejecución de los derechos de las víctimas. Varios cuestionamientos han surgido, igualmente, en relación con la revisión de su régimen de participación de las víctimas⁶⁰.

El régimen de reparación de la CPI se establece en los artículos 75 y 79 del Estatuto de Roma, y está más elaborado en las Reglas 94 a 99 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. El régimen de reparación de las víctimas se puede vincular a las diferentes etapas del juicio. El Tribunal puede aprobar una reparación para la adjudicación sobre la base de la condena de los acusados. En consulta con la Corte, el Fondo puede conceder una indemnización por daños y perjuicios, tanto individual como colectivamente. En este último caso, el Fondo puede hacer donaciones para financiar la reconstrucción de las comunidades que, en conjunto, han sido víctimas de violencia. Aunque todavía tienen muchos problemas jurídicos y prácticos a resolver, las primeras decisiones de la Corte y de las instituciones relacionadas son prometedoras desde el punto de vista victimológico⁶¹.

60. PEÑA, Mariana y CARAYONY, Gaëlle, «Is the ICC Making the Most of Victim Participation?», en *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 7, N° 3, 2013, p. 2.

61. LETSCHERT, Rianneand VAN DIJK, Jan, «Reconstructing Victim-Centered. Justice on a Global Scale», en LETSCHERT, Rianne y VAN DIJK, Jan (eds.), *The New Faces of Victimhood. Globalization, Transnational Crimes and Victims Rights*, Springer, Londres-Nueva York, 2011, p. 312.

El Fondo Fiduciario para las Víctimas permite un sistema más amplio de la reparación, al que se puede acceder en cualquier etapa del proceso, incluyendo la de investigación. El rol del Fondo Fiduciario para las Víctimas es, por tanto, no solo poner en práctica las reparaciones ordenadas por la Corte, sino que también puede —después de la notificación y la aprobación de la Corte— implementar programas de asistencia a las víctimas, en términos de rehabilitación física y psicológica, así como material de apoyo. Dado que el Fondo Fiduciario puede asistir a las víctimas desde fases tempranas del procedimiento, este es capaz de llegar a muchas más víctimas y aliviar sus necesidades inmediatas antes de lo que la Corte lo haría.

Otra cuestión importante es el gran número de víctimas que requieren reparación en los casos ante la CPI. De acuerdo con la Regla 97⁶², el Tribunal podrá conceder una reparación individual o, cuando lo considere apropiado, de manera colectiva, o ambas. En consonancia con el enfoque del TFV, la Corte ha considerado proporcionar reparación colectiva a víctimas en la mayoría de casos. Además, el Fondo ha comenzado a poner en práctica varias actividades de asistencia en Uganda y la República Democrática del Congo. Estos programas ayudan a las víctimas de crímenes masivos de múltiples maneras, incluyendo rehabilitación física y psicológica, así como apoyo material⁶³.

6. FORTALEZAS EN EL TRABAJO DE LA CPI

La CPI ha sido blanco de varias críticas en relación con estos temas⁶⁴. Los espacios de atención psicosocial suelen ser vistos como

62. Reglas de Procedimiento y Prueba, Corte Penal Internacional 2013, 2ª ed., 2013.

63. WEMMERS, Jo-Anne y BROUWER, A.L.M., «Globalization and victims' rights at the International Criminal Court», en LETSCHERT, Rianne y VAN DIJK, Jan (eds.), *The New Faces of Victimhood. Globalization... op. cit.*, pp. 279-300.

64. *Ibid.* PEÑA, Mariana y CARAYONY, Gaelle, «Is the ICC Making the Most of Victim Participation?»... *op. cit.*

medidas inherentemente complejas, aisladas y opcionales. De igual forma, los contextos sociopolíticos y de seguridad (la CPI trabaja actualmente en regiones particularmente complejas por el número y la diversidad de víctimas y actores políticos involucrados, como Kenia, República Centroafricana, República Democrática de Congo, Libia) repercuten en las posibilidades prácticas de llevar a cabo medidas integrales, efectivas y adecuadas. Sin embargo, hay que recordar que la CPI, a diferencia de otros tribunales, incorpora uno de los aspectos más innovadores en procura del bienestar de las víctimas. Así, en el artículo 68.1 del Estatuto de Roma, se garantiza que «[l]a Corte adoptará las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos».

En la Fiscalía de la Corte (OTP, por sus siglas en inglés) existe también la Unidad de Género y Niños/as que, por medio de su personal psicosocial y consultores externos, brinda apoyo psicológico para la toma de testimonios en la fase de investigación en los países en que la CPI tiene abiertas investigaciones criminales.

La Fiscalía suele ser el primer órgano de la Corte para interactuar con las víctimas. La Unidad de Género y Niños/as ha creado un sistema significativo de directrices, medidas de protección y apoyo a la OTP. Algunos de los materiales que componen el arsenal OTP son: pautas para entrevistar a víctimas de violencia sexual, pautas para entrevistar a niños y niñas; el «hacer y no hacer» para entrevistar a víctimas de violencia sexual y niños; «un cuestionario muy detallado» para evaluar violencia sexual, entre otros⁶⁵.

Dentro de la Secretaría de la CPI existe la Unidad de Víctimas y Testigos (VWU, por sus siglas en inglés) que se encarga de velar por el bienestar físico y psicológico de los y las testigos que llegan a La Haya para rendir sus declaraciones. Esta Unidad, si lo considera oportuno, puede pedir medidas especiales para proteger el bienestar

65. SANDICK, Philip, «Speechlessness and Trauma: Why the International Criminal Court Needs a Public Interviewing Guide», en *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 11, N° 105, 2012, p. 113.

psicológico de las víctimas. Para ello, ha establecido un protocolo de vulnerabilidad. El protocolo incluye medidas opcionales, como iniciar el testimonio con una fase narrativa libre y siguiendo el ritmo de los testigos. Al igual que la Fiscalía, la VWU tiene un sistema de las evaluaciones y atención a las víctimas que se desarrolla de manera significativa.

La Sección de Participación y Reparación para Víctimas (VPRS, por sus siglas en inglés) de la CPI se encarga de ayudarlas al pleno ejercicio de sus derechos de participación y de solicitar reparaciones. Por tanto, es responsable de proporcionarles la asistencia necesaria en todas las etapas del proceso. Para el cumplimiento de este deber, esta Sección ha desarrollado material informativo y folletos de orientación, y ha preparado formularios para solicitar la participación y la reparación. Es responsable, además, de la organización de capacitaciones y seminarios de sensibilización para las víctimas y sus representantes, sobre todo en lugares donde la Corte se encuentra actuando. Por tanto, su objetivo es ayudar a las víctimas a hacer un uso informado de sus derechos y comprender su alcance; contribuye a una mejor comprensión del mandato de la Corte y, al mismo tiempo, evita que las víctimas manejen falsas expectativas sobre lo que la Corte puede hacer por ellas.

La Unidad que tal vez tiene más interacción con las víctimas que deben contar sus historias es, justamente, la VPRS. Debido a que es la sección responsable de llenar las solicitudes de las mismas para los procesos de participación y reparación, esta desarrolla una interacción significativa con las narrativas de las víctimas⁶⁶.

En ocasiones, la VPRS recibe la orden de ponerse en contacto con un gran número de víctimas, por lo que debe contratar a consultores o solicitar el apoyo de la VWU para realizar sus intervenciones psicosociales, particularmente en la preparación de metodologías específicas que le permitan reducir los potenciales riesgos de victimización secundaria durante fases sensibles de su trabajo, o para una serie particular de entrevistas. Sin embargo, la falta de

66. *Ibid.*, p. 114.

personal suficiente en terreno y las limitaciones presupuestarias, no han permitido un mayor apoyo interdisciplinario en su trabajo.

Finalmente, El Fondo Fiduciario para Víctimas, que trabaja muy cerca de la CPI, tiene a su cargo la implementación de las medidas de reparación. El Fondo también promueve intervenciones psicosociales para las víctimas y comunidades como parte de las medidas de rehabilitación integrales. Como se ha visto, hay dos aspectos distintos en el mandato general del Fondo Fiduciario: el primero es actuar como una institución a través de la cual la Corte puede ejecutar las órdenes de reparación y, el segundo, como institución que puede usar sus «otros recursos» para beneficio de las víctimas, de conformidad con la Regla 98 (5)⁶⁷. Otras cortes y tribunales internacionales generalmente carecen de la capacidad institucional y administrativa para facilitar los procedimientos legales, administrativos, o de asistencia. El Fondo Fiduciario de la CPI tiene la capacidad de adaptar los procedimientos y procesos para hacer frente a las atrocidades que se han producido, así como proporcionar evaluación y verificación de las demandas. El Fondo Fiduciario proporciona al Tribunal una capacidad logística y administrativa, y la experiencia, que es muy útil en el diseño de las órdenes de reparación. En contraste con los procesos de reparación a las víctimas que son exclusivamente de carácter jurisdiccional, el Fondo puede establecer una presencia en el terreno⁶⁸.

7. LA CPI Y LOS RIESGOS DE VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA

Una de las ventajas de las reparaciones para las víctimas en el contexto del derecho penal internacional es que permite un enfoque más amplio de la administración de justicia penal en el ámbito internacional, lo que es posible a través de la sanción y castigo a los autores individuales. Sin embargo, un problema en relación

67. McCARTHY, Conor, *Reparations and Victim Support in the International... op. cit.*, p. 225.

68. *Ibíd.*, p. 348.

con el enjuiciamiento de los crímenes de derecho internacional ha sido, históricamente, que solo un número reducido de autores es llevado ante la justicia. Incluso si las autoridades nacionales están dispuestas a perseguir y castigar los crímenes de derecho internacional, la magnitud de la conducta de los implicados y los limitados recursos financieros, logísticos y de investigación disponibles en las sociedades posconflicto, pueden hacer imposible el procesamiento y castigo de una proporción sustancial de los criminales⁶⁹.

El enjuiciamiento y castigo de los autores individuales solo proporciona a las víctimas un medio limitado de justicia. La provisión de reparaciones y apoyo en el marco del Estatuto de Roma asegura que las víctimas, que nunca verán la justicia retributiva de manera manifiesta, puedan, al menos, recibir algún tipo de reparación⁷⁰.

El limitado número y alcance de la acción penal ante los tribunales internacionales es evidente. De hecho, para muchos, el enjuiciamiento y castigo de uno o un puñado de individuos responsables de una atrocidad puede parecer una respuesta inadecuada, al no reflejar la gravedad de los hechos ocurridos y sus consecuencias. Mientras los juicios tienen lugar, es probable que haya pasado muchos años desde que ocurrió una atrocidad; además, probablemente, se referirán a un patrón general de los eventos, en los cuales las experiencias personales de las víctimas, y las de sus familias o comunidades, pueden ser solo un componente minúsculo. En contraste, las reparaciones y el apoyo se pueden proporcionar, en forma individual y colectiva. Para muchos de los perjudicados por atrocidades, las reparaciones pueden ser vistas como resultados más tangibles y significativos que el juicio —probablemente celebrado muchos años después de que la atrocidad ocurrió— contra un perpetrador de alto nivel, a menudo muy alejado jerárquica, social y geográficamente del delito sufrido por la víctima⁷¹.

69. *Ibíd.*, p. 326.

70. *Ibíd.*, p.327.

71. *Ibíd.*, p. 329.

La práctica de la CPI, hasta la fecha, demuestra que la participación de la víctima tiene el potencial para mejorar considerablemente los procesos de justicia internacionales, poniendo en foco los puntos de vista de los más afectados. También sugiere que la justicia de la Corte puede ser reparadora, y garantizar que las víctimas sean los sujetos y no los objetos de los procedimientos. Sin embargo, el Tribunal aún tiene que alcanzar todo el potencial de participación de las víctimas, tanto para sí mismo como institución, como para las víctimas como principales interesadas⁷².

Sin duda, existe una serie de desafíos que debe superar el sistema actual de justicia penal internacional, incluido el riesgo de un enfoque fragmentado y excesivamente individualizado de los asuntos de reparación y las dificultades en la coordinación de una respuesta global y efectiva al daño sufrido. Además, se da la limitación de recursos, y la forma en que estos serán priorizados; esta es una preocupación muy importante. Es poco realista para el Tribunal proporcionar reparaciones a todos aquellos que son potencialmente elegibles, y será necesario que ejerza sus facultades discrecionales en cuanto a priorizar los recursos en favor de ciertas víctimas⁷³.

Sin embargo, como afirma Sandick, muchas víctimas sufren victimización secundaria como resultado del trabajo de la Corte⁷⁴. El daño es causado a veces por las experiencias negativas en las entrevistas, durante la investigación o en el juicio. Otras veces, es causado por cuestiones procesales.

El rol del régimen del Estatuto de Roma para la reparación de las víctimas es más bien limitado. Para el Fondo Fiduciario, dado su mandato de prestar apoyo a todas las víctimas de crímenes dentro de la jurisdicción de la Corte, la necesidad de definir y priorizar recursos es significativa⁷⁵.

72. PEÑA, Mariana y CARAYONY, Gaelle, «Is the ICC Making the Most of Victim Participation?»... *op. cit.*, p. 10.

73. McCARTHY, Conor, *Reparations and Victim Support in the International...* *op. cit.*, p. 359.

74. SANDICK, Philip, «Speechlessness and Trauma: Why the International Criminal Court Needs a Public Interviewing Guide»... *op. cit.*, p. 106.

75. McCARTHY, Conor, *Reparations and Victim Support in the International...* *op. cit.*, p. 359.

Las dos ONG que trabajan con la Corte, IRRRI y la Iniciativa Pro-Justicia de la Sociedad Abierta (OSJI), han manifestado que sus intermediarios «han sufrido un profundo trauma como resultado de [su trabajo para la Corte]». Ellos han demandado, específicamente, procesos de formación técnica relativos al acercamiento y manejo de posibles testigos⁷⁶. En este sentido, la CPI trabajó en el proyecto de directrices que deben regir las relaciones entre la Corte y los intermediarios⁷⁷. Estas directrices son en gran medida una respuesta a los problemas que surgieron en el trabajo de los intermediarios en el juicio de Thomas Lubanga (República Democrática del Congo). Las directrices cubren, con razón, muchas cuestiones fundamentales; por ejemplo, la definición de intermediarios y el marco jurídico que rige la utilización y la política de intermediarios. Sin embargo, las directrices no mencionan medidas psicosociales profilácticas para proteger a los intermediarios de las víctimas de un trauma no intencional⁷⁸.

El Grupo de Trabajo de Derechos de las Víctimas (VRWG, por sus siglas en inglés) también publicó un informe sobre las cuestiones pendientes en el proyecto de directrices de la CPI. El informe recomendó que «los intermediarios deben recibir formación en materia de protección preventiva y sensibilización en cuestiones de trauma, teniendo en cuenta la obligación de la Corte de proteger a las víctimas». La VRWG sugirió procesos de formación interna y manuales de formación que aborden técnicas y metodologías para llevar a cabo diversas tareas en las que los intermediarios trabajan.

La misma Corte ha realizado procesos internos de consulta y asesoramiento para implementar sus estrategias de apoyo y asisten-

76. SANDICK, Philip, «Speechlessness and Trauma: Why the International Criminal Court Needs a Public Interviewing Guide»... *op. cit.*, p. 107.

77. International Criminal Court, *Draft Guidelines Governing the relations Between the Court and Intermediaries*, agosto 2011, copy on file with the Open Society Justice Initiative.

78. SANDICK, Philip, «Speechlessness and Trauma: ...», *op. cit.*, p. 107.

cia a las víctimas, en los que ha discutido la necesidad de apoyo psicosocial para el personal, víctimas, testigos e intermediarios⁷⁹. Lastimosamente, limitaciones en el presupuesto de la Corte no han permitido poner en práctica muchas de las recomendaciones discutidas.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

En todo proceso legal es difícil anticipar los resultados, más aún cuando situaciones de extrema violencia han ocurrido, el nivel de impunidad ha sido muy alto, y ha transcurrido mucho tiempo entre los hechos y el litigio. Las investigaciones en cuanto a justicia procesal que se han revisado para este trabajo nos dicen que lo importante es cuidar el proceso. Esta visión de proceso de la justicia, concomitante con los procesos de reparación, es crucial para evitar nuevas victimizaciones; por el contrario, se trata de generar el mayor bienestar posible a las víctimas.

Los procesos de litigio en casos de crímenes internacionales son esencialmente complejos. Las víctimas enfrentan situaciones emocionales muy sensibles, en las que la incertidumbre y la búsqueda de reconocimiento juegan roles claves. Actitudes de respeto, apertura y confianza por parte de los operadores de justicia, así como el aseguramiento de una participación efectiva en los litigios, son variables que determinarán si la víctima siente que ha obtenido un nivel satisfactorio de justicia y/o reparación.

Es indispensable que durante los procesos de justicia nacional o internacional se cuente con el apoyo de servicios apropiados de apoyo para las personas. Para facilitar estas formas de asistencia, es necesario contar con el acompañamiento psicológico adecuado. Es imperativo informar a la gente y a las organizaciones de la importancia de la salud mental. Del mismo modo, las actividades de preparación psicosocial, así como las entrevistas finales o de cierre, u otros mecanismos de seguimiento, son necesarios para

79. Véase, <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/A5EAA7A1-12C0-4384-BBA7-B1BCE9FC15AA/282676/Ed55Eng.pdf>

manejar los efectos emocionales generados por el proceso de litigio, así como los sentimientos y percepciones del proceso en general.

La experiencia de la Corte Penal Internacional nos enseña que la asistencia y apoyo a las víctimas no es fácil, y son varias las etapas que hay que cuidar. Muchas necesidades de las víctimas cambian en el transcurso del tiempo y del litigio. La CPI ha logrado posicionar importantes logros en su trabajo con las víctimas de sus casos. Solo el hecho de que existan varias instancias y protocolos de trabajo, cuya meta central sea el bienestar integral de víctimas y testigos, ha sido, sin duda, un importante proceso y un ejemplo a seguir. Además, sus estrategias de comunicación, como folletos, videos y otros instrumentos análogos que informen a las personas del trabajo de la Corte, incluso dentro de las limitaciones presupuestarias y logísticas típicas, son otro aporte fundamental.

Sin embargo, la capacitación y la adjudicación de presupuesto para actividades de capacitación, asesoramiento y/o actividades complementarias en cuanto a temas de apoyo psicosocial, técnicas de entrevista y demás, son aún una necesidad y un desafío pendiente para la mayoría de tribunales internacionales.

Para que un espacio que pretende lidiar con un pasado doloroso llegue a tener éxito, es necesario contar con estrategias permanentes que proporcionen a las víctimas y supervivientes la posibilidad de expresar su dolor, su rabia, sus miedos y, por supuesto, acrecentar sus fortalezas emocionales. El impacto psicológico y emocional que las víctimas experimentan durante los procesos de litigio es fuerte y, en gran medida, cargado de ambivalencia. La justicia, la reparación, e incluso la verdad, solo pueden reconocer y aliviar parcialmente. Por esta razón, el espacio para la escucha y las quejas debe ser visto como un componente integral de los espacios que remueve el pasado (juicios, comisiones de verdad, mediación, etc.). Estos espacios pueden tomar la forma de acompañamiento psicológico (por ejemplo, el asesoramiento, los mecanismos culturalmente apropiados para la narración de historias, el intercambio, etc.).

Un espacio psicosocial adecuado, oportuno y con el personal debidamente entrenado, que trabaje de manera coordinada con los equipos legales, puede constituir un factor decisivo para el éxito de las estrategias jurídicas, como para una percepción positiva de justicia y reparación por parte de las víctimas. En escenarios tan complejos como los que se presentan en los tribunales internacionales, si bien no siempre se puede garantizar un resultado satisfactorio para las víctimas, tal vez debamos enfocar nuestros esfuerzos en aquello que sí es posible controlar y modificar, y que, como hemos visto, tiene una importante incidencia en las víctimas y supervivientes. La justicia no es un acto, es un proceso; y esta justicia debe ser, por esencia, reparativa de principio a fin.

RESEÑAS CURRICULARES

JOAQUÍN A. MEJÍA R.
(Coordinador)

Hispano-hondureño. Abogado por la Universidad Nacional Autónoma de Honduras (UNAH); doctor y maestro en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por el Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid (sobresaliente *cum laude* por unanimidad); candidato a doctor y diploma de estudios avanzados en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales por el Instituto Universitario de Investigación «Ortega y Gasset», adscrito a la Universidad Complutense de Madrid. Autor y coautor de doce libros, capítulos en libros colectivos, manuales populares y artículos en revistas, sobre temas relacionados con los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho. Desde 2002 representa a víctimas de violaciones a derechos humanos ante la Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos. Actualmente es profesor visitante en la Especialidad de Justicia Constitucional de la Universidad Autónoma de Coahuila en México; investigador del Equipo de Reflexión, Investigación y Comunicación/Radio Progreso; comisionado de la Comisión Multinacional de la Alianza por la Paz y la Justicia que da seguimiento al proceso de reforma del sector justicia y seguridad en Honduras; y miembro de la red de colaboradores y expertos de Checks & Balances.

GERARDO BALLESTEROS DE LEÓN
(Coordinador)

Mexicano. Licenciado en Derecho por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (ITESO). Maestro y doctorante

en el programa de estudios avanzados en Derechos Humanos en la Universidad Carlos III de Madrid. Maestro y doctorante en el programa de Gobierno y Administración Pública en el Instituto Ortega y Gasset. Profesor de Derecho a la Información en la Universidad de Guadalajara, asesor del Gobierno de Jalisco en materia de Gobierno y Datos Abiertos, asesor jurídico de la Comisión por la Coordinación Metropolitana del Área Metropolitana de Guadalajara y profesor invitado de la Universidad Autónoma de Coahuila.

LUIS GUILLERMO PÉREZ CASAS

Colombiano. Abogado, defensor de derechos humanos, presidente del Colectivo de Abogados «José Alvear Restepo» (CAJAR). Ha sido secretario general de la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) durante nueve años y actualmente es representante permanente de la FIDH ante la Organización de Estados Americanos. Ha sido profesor universitario en derecho penal y derechos humanos. Durante 25 años ha representado víctimas de crímenes internacionales ante la justicia colombiana y órganos interestatales de protección de los derechos humanos. Durante diez años ha sido responsable del CAJAR ante la Corte Penal Internacional.

VERENICE BENGTTSSON

Hondureña y sueca. Columnista del *Think Tank* latinoamericano «Asuntos del Sur». Estudió Derecho en la Universidad Nacional Autónoma de Honduras y Derechos Humanos en la Universidad de Lund, Suecia. Es magister en Estudios Políticos Globales con especialización en Derechos Humanos por la Universidad de Malmö, Suecia. Es exbecaria del Departamento de Estado de Estados Unidos de América, de la Agencia Internacional para el Desarrollo (USAID) y del Gobierno de la República de China en el curso de Desarrollo Nacional. Se desempeñó como voluntaria impulsando la ratificación del Estatuto de Roma por parte del Estado de Honduras, de forma decisiva y conjunta con la Coalición por la Corte Penal Internacional.

NETZAÍ SANDOVAL BALLESTEROS

Mexicano. Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), donde se graduó con honores. Ma-

gíster en Derecho parlamentario, elecciones y estudios legislativos por la Universidad Complutense de Madrid. Concluyó la Maestría en Derecho por la UNAM. Especialista en administración y procuración de justicia por la UNAM. Especialista en elecciones por la Universidad Complutense de Madrid, donde actualmente es doctorante. Fue asesor del presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ha sido consultor en materia de Derechos Humanos para la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión y en la Consejería Jurídica del Gobierno del Distrito Federal. Fue coordinador de asesores en la presidencia del Instituto Electoral del Distrito Federal y abogado postulante en amparo. Columnista permanente en las revistas *Contralínea* y *Variopinto*. Articulista invitado en publicaciones como *Proceso*, *La Jornada*, *Reforma* y *El Universal*. Su libro, *Teoría sobre la nulidad de elecciones*, fue publicado por la editorial Porrúa en 2013. Es el abogado redactor de la masiva petición dirigida a la fiscalía de la Corte Penal Internacional para analizar la presencia de crímenes de guerra y de lesa humanidad en México.

GINA DONOSO

Ecuatoriana, candidata doctoral (Ph. D.) por la Universidad de Gante en Bélgica; máster en Investigación y Desarrollo por el International of Social Studies de la Universidad Erasmus Rotterdam de Holanda; máster en Estudios Internacional de Paz por la United Nations-mandated University for Peace de Costa Rica; especialista en Actuaciones Psicosociales en Situaciones de Violencia Política y Catástrofes por la Universidad Complutense de Madrid; estudios de postgrado en Paz y Conflicto por la Chulalongkorn University de Tailandia; especialista en Derechos Humanos por la Universidad Andina Simón Bolívar de Ecuador; diploma superior en Derechos Humanos y Democracia, y psicóloga clínica por la Pontificia Universidad Católica de Ecuador. Ha investigado ampliamente temas de acompañamiento psicosocial y procesos de reparación integral en varios países, así como en la Comisión de la Verdad de Ecuador, la Corte Penal Internacional y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, entre otros. Gina.DonosoRoman@Ugent.be

Impreso en los talleres de
Editorial Guaymuras,
Tegucigalpa, Honduras,
en el mes de abril de 2014.
Su tiraje es de 1000 ejemplares.

Frente a las graves violaciones a derechos humanos perpetradas por los impunes, la mayoría de los sistemas de justicia renunciaron a su facultad de controlar la legalidad y legitimidad, garantizando así la arbitrariedad y contribuyendo al debilitamiento de los sistemas democráticos.

Precisamente para evitar la parálisis de los órganos estatales encargados de investigar y sancionar tales crímenes, en 1998 se adoptó el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional (CPI). En nuestro continente, 28 Estados han ratificado el Estatuto de Roma; entre ellos, Colombia, México y Honduras.

Desde 2006, la Oficina del Fiscal de la CPI (OTP) está examinando la situación en Colombia. En el caso de Honduras, en noviembre de 2010 la OTP anunció la apertura de un examen preliminar. Y en 2011, desde México, se presentó una comunicación colectiva firmada por más de 23 mil personas en la que se denuncia la comisión de crímenes de lesa humanidad.

Años después de abiertos los exámenes preliminares y analizadas las comunicaciones, es pertinente reflexionar sobre el estado actual de los procesos ante la OTP y sobre las oportunidades y desafíos que conlleva que esta tome decisiones oportunas en los tres casos latinoamericanos.

Desde el ERIC-SJ y Radio Progreso consideramos importante aportar a dicha reflexión con este trabajo que, en seis capítulos y desde tres miradas latinoamericanas, desarrolla algunos aspectos de la justicia penal internacional como el derecho a la verdad, la reformulación del concepto de conflicto armado internacional, los elementos que constituyen los crímenes de lesa humanidad, y la justicia reparatoria.

JOAQUÍN A. MEJÍA R. y GERARDO BALLESTEROS

Editorial
San ignacio
Editorial de la Universidad Católica de Chile

 **diakonia**
GENTE QUE CAMBIA EL MUNDO


editorial
guaymurás

ISBN: 978-99926-739-7-3



9 789992 673973